



Roj: **SAN 2254/2024 - ECLI:ES:AN:2024:2254**

Id Cendoj: **28079230062024100252**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **29/04/2024**

Nº de Recurso: **928/2019**

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: 0000928 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 06898/2019

Demandante: ELEC NOR S.A

Procurador: D. IGNACIO AGUILAR FERNÁNDEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: ADIF ALTA VELOCIDAD

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. **RAMÓN CASTILLO BADAL**

Madrid, a veintinueve de abril de dos mil veinticuatro.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 928/19 promovido por el Procurador D. Ignacio Aguilar Fernández, en nombre y representación de **ELEC NOR 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 20.350.000 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 tres 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 se acuerde estimar el presente recurso Contencioso- Administrativo y en consecuencia :

" (I) estime íntegramente el presente recurso contencioso administrativo y, en consecuencia, anule la resolución recurrida o subsidiariamente

(ii) anule, total o parcialmente la multa impuesta a Elecnor.

(iii) o la reduzca, atendiendo a criterios objetivos de alcance de mercado afectado y facturación y

(IV) en cualquier caso anule la resolución en lo que se refiere a la prohibición de contratar."

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.- Mediante auto de 29 de mayo de 2023, se tuvo por contestada la demanda por el Abogado del Estado, por se fijó la cuantía del recurso en 20.350.000 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 que se llevó a cabo y se concedió plazo a las partes para que presentaran sus respectivos escritos de conclusiones.

CUARTO.- Me diante providencia de 22 de febrero de 2024, se tuvo por personado a ADIF en calidad de codemandado.

QUINTO.- Una 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 21 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 20.350.000 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 tres infracciones única 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:

ELECNOR, 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:

ELECNOR, S.A.

c) Una infracción única y continuada constitutiva de cártel, consistente en acuerdos de reparto de licitaciones públicas y privadas convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de equipos

electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad, de la que son responsables, en los términos previstos en fundamento cuarto de la presente resolución, las siguientes empresas:

ELECNOR, 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:

- ELECNOR, S.A.: 13.300.000 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:

- ELECNOR, S.A.: 7.000.000 euros

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

- ELECNOR, S.A.: 50.000 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 (CNMC) una solicitud de exención del pago de la multa a los efectos del artículo 65 de la LDC o, en su caso, subsidiariamente, de reducción de su importe, a los efectos del artículo 66 de la citada Ley. 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. Bruno, D. Ambrosio y D. Casimiro; de COBRA: D. Ceferino y D. Argimiro; de CYMI: D. Claudio; de ELECTRÉN: D. Cosme y D. Darío; de SEMI: D. Desiderio; de CITRACC: D. Dionisio; de ELECNOR: D. Doroteo y D. Emiliano; de INABENSA: D. Esteban; de INDRA: D. Eulogio y de SIEMENS: D. Evaristo.

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.- 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, ELECNOR, 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 entiende 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.

CUARTO.- En su demanda, la parte recurrente denuncia, en síntesis, que la resolución sancionadora es nula por haberse dictado sobre la base de pruebas nulas en vulneración de los derechos fundamentales de ELECNOR;

Por apoyarse en declaraciones de clemencia realizadas por los empleados de SIEMENS realizadas bajo coacciones y como consecuencia de la infracción del deber de secreto de la LDC;

Por vulnerar los derechos de defensa de ELECNOR al no darle acceso a pruebas exculpatorias; y por no tener en cuenta los argumentos y pruebas de descargo presentados por ELECNOR a lo largo del Expediente.

En segundo lugar, la Resolución califica erróneamente las prácticas sancionadas en relación con las licitaciones del AVE y del mantenimiento de las líneas convencionales como infracciones únicas y continuadas como consecuencia de una incorrecta definición de los mercados relevantes y valoración de los hechos: aun teniendo en cuenta toda la prueba nula, los hechos anteriores a 2012 en relación con las licitaciones del AVE no tuvieron continuidad y están prescritos;

Considera que después del año 2012 no existió ninguna infracción de los artículos de la LDC y 101 del TFUE en relación con las licitaciones para la ejecución de obra nueva de AVE; después del año 2012, no existió ninguna infracción de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE en relación con las licitaciones de mantenimiento del AVE; y cualquier conducta anterior a 2012 en el ámbito del mantenimiento de líneas de tren convencional no tuvo continuidad y se encontraría prescrita.

En tercer lugar, la Resolución yerra al imputar a ELECNOR su participación en un supuesto cártel en relación con los equipos electromecánicos en túneles de alta velocidad sin siquiera describir correctamente el ámbito y alcance de la infracción.

En cuarto lugar, la Resolución yerra al realizar un análisis simplista e insuficiente de los presuntos efectos de las infracciones y, como resultado de esto y de los otros errores cometidas por la misma, las sanciones impuestas a ELECNOR resultan desproporcionadas y carecen de motivación.

Finalmente, la resolución es nula en relación con la remisión a la JCCPE a los efectos de determinar el alcance y duración de una prohibición de contratar, toda vez que al no haberse contemplado tal posibilidad en la parte dispositiva de la Propuesta de Resolución notificada se ha privado a ELECNOR de la posibilidad de alegar y

defenderse frente a la declaración de tal prohibición, causándole de esta forma indefensión y vulnerando su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

QUINTO.- El primer motivo sobre la nulidad de las pruebas que han servido para sancionarla por vulnerar sus derechos fundamentales no puede prosperar.

Sostiene la actora que la solicitud de inmunidad de Alstom se limitaba a un contrato específico fuera de España, (Noruega), el Follo Line en el mercado específico de los equipos electromecánicos en túneles de líneas ferroviarias de alta velocidad. Por lo tanto, contaba únicamente con dicha solicitud para realizar las inspecciones domiciliarias en un solo mercado y no respecto de tres.

Denuncia que, en cuanto al objeto de la investigación, la Orden de investigación, no solo no hacía referencia al proyecto Follo line al que se limitaba la solicitud de clemencia sino que contiene una descripción de las conductas investigadas que sobrepasa la conducta que ALSTOM había relatado y sobre la única respecto de la que la CNMC tenía indicios. Se utilizaron durante la inspección palabras significativas ajenas al proyecto Follo Line.

Tanto la Orden de investigación como el auto autorizando la inspección carecen de cualquier delimitación del ámbito territorial de la Inspección como exige el TS en sentencia de 10 de diciembre de 2014, rec.4201/2011.

SÉXTO.- El planteamiento de la actora no puede ser acogido porque vincula el objeto y alcance de la inspección a la solicitud de clemencia de ALSTOM que, efectivamente, solicitó la exención de la multa respecto del proyecto Follo Line, pero no descartó en ningún momento la posible extensión de la conducta a otros proyectos similares. Así, explica la resolución que:

"ALSTOM informó de que la investigación interna realizada hasta ese momento se había centrado, en particular, en identificar pruebas relacionadas con el citado proyecto Follo Line, si bien no descartaba que una conducta similar se hubiera realizado en otros proyectos de sistemas de electrificación y equipos electromecánicos ferroviarios, aunque concluía que no había detectado otros incidentes hasta el momento, dada la dificultad de recabar elementos de prueba en su filial. De hecho, como se ha dicho en esta resolución, se pudo acreditar que existían otras prácticas en el seno de la filial española (algunas de las cuales fueron denunciadas por ALSTOM en su ampliación de la solicitud de clemencia inicial)."

Omite la actora que el proyecto Follo Line se refería a la construcción de túneles ferroviarios en Noruega por lo que las obras a ejecutar comprendían tanto los sistemas de electrificación como los equipos electromecánicos inherentes a este tipo de obras.

ALSTOM informó en su solicitud de clemencia que la investigación interna realizada hasta ese momento se había centrado, en particular, en identificar pruebas relacionadas con el citado proyecto Follo Line, si bien no descartaba que una conducta similar se hubiera realizado en otros proyectos de sistemas de electrificación y equipos electromecánicos ferroviarios, aunque concluía que no había detectado otros incidentes hasta el momento, dada la dificultad de recabar elementos de prueba en su filial. De hecho, se pudo acreditar que existían otras prácticas en el seno de la filial española (algunas de las cuales fueron denunciadas por ALSTOM en su ampliación de la solicitud de clemencia inicial).

Por esa razón, tras la solicitud de exención, la Dirección de Competencia abrió una información reservada en la que recabó información pública en relación con otras 6 licitaciones convocadas también para la fabricación y suministro de sistemas de electrificación y equipos electromecánicos ferroviarios, a las que se habrían presentado las empresas implicadas en el proyecto Follo Line y que podrían haber sido objeto de reparto por dichas empresas. Es decir, que la Dirección de Competencia realizó con carácter previo a la inspección una búsqueda de información pública y accesible de contratos licitados en el citado mercado para observar si existía una coincidencia de las empresas en otras licitaciones, apreciando indicios suficientes para acordar la inspección.

Por otro lado, la entrada y registro de las sedes de ALSTOM y de ELECNOR contaba con la necesaria autorización judicial, que fue precedida del dictado de la correspondiente orden de investigación.

No obstante, afirma ELECNOR, que el objeto de la inspección resultaba excesivamente amplio y que la orden de investigación carecía del imprescindible grado de concreción teniendo en cuenta que los indicios de los que disponía la CNMC no eran suficientes para realizar inspecciones en las sedes de ALSTOM y ELECNOR que abarcaran la totalidad de los mercados de "fabricación y suministro de sistemas de electrificación y equipos electromecánicos ferroviarios" incluyendo "licitaciones convocadas por clientes públicos y privados", ni tampoco alcanzaban a otras empresas que las involucradas en el proyecto *Follo Line*.

Sin embargo, las órdenes de 30 de junio de 2016 y los Autos de 5 y 6 de julio de 2016 indicaban que su objeto era "... verificar la existencia de actuaciones de la citada entidad en el mercado de la fabricación y el suministro de los



sistemas de electrificación y equipos electromecánicos en líneas ferroviarias, que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), consistentes en la manipulación y el reparto de licitaciones convocadas por clientes públicos y privados para la fabricación y suministro de los sistemas de electrificación y equipos electromecánicos en líneas ferroviarias. Asimismo, la inspección también tiene por objeto verificar si los citados acuerdos se han llevado a la práctica".

En el análisis que compete a esta Sala para determinar si la orden de investigación resultaba o no suficiente ha de comprobarse si, como advertíamos en la sentencia de 18 de julio de 2016, rec. 136/2014, la CNMC ha cumplido su obligación de indicar las hipótesis y presunciones que pretende comprobar. Y para entender cumplida esta obligación, la orden deberá cumplir unos requisitos de doble naturaleza:

- a) Por una parte y desde un punto de vista formal, deberá completarlas indicaciones previstas en el artículo 13.3 del RD 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprobó el Reglamento de Defensa de la Competencia, esto es: debe indicar el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma; y,
- b) La autorización escrita incluirá, asimismo, las sanciones previstas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, para el caso de que las empresas no se sometan a las inspecciones ni obstruyan por cualquier medio la labor de inspección de la entonces Comisión Nacional de la Competencia.

También deberá indicar los recursos que procedan contra la misma.

Por otra parte, ya desde un plano material y para garantizar el derecho de oposición de la entidad investigada, deberá describir las características básicas de la infracción en cuestión identificando el mercado de referencia los sectores afectados por la investigación y la naturaleza de las presuntas infracciones. En definitiva, la empresa investigada debe estar en posición de saber lo que se busca y los datos que deben ser verificados.

Sin embargo, de lo expuesto no se deduce que la CNMC deba trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición, ni tampoco debe realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de información es que estén en su poder y planificar su actuación.

No debe olvidarse que la finalidad de las inspecciones es conseguir pruebas, lo que significa que a falta de éstas no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción.

En el presente supuesto, la orden especifica en primer lugar los mercados relacionados con las supuestas prácticas anticompetitivas que resultarían de la información que obraba en poder de la Dirección de Competencia, aludiendo así al mercado de la fabricación y el suministro de los sistemas de electrificación y equipos electromecánicos en líneas ferroviarias.

Precisa también las conductas anticompetitivas que podrían deducirse de la citada información, que no son todas las posibles del artículo 1, sino las que indica de manera concreta, consistentes en la manipulación y el reparto de licitaciones convocadas por clientes públicos y privados para la fabricación y suministro de los sistemas de electrificación y equipos electromecánicos en líneas ferroviarias por lo que puede deducirse con facilidad lo que la CNMC buscaba y los datos que deben ser verificados: rastros documentales probatorios de la existencia y ejecución de tales acuerdos, todo ello sobre la base de información indiciaria al respecto que la CNMC manifiesta poseer y que no está obligada a mostrar en esta fase del procedimiento.

Para valorar si con ello se satisfacen las exigencias de claridad y concisión a las que se condiciona la validez de la orden, es preciso partir de la interpretación que de esta cuestión ha hecho la jurisprudencia europea reflejada, entre otras, en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de marzo de 2007, France Télécom España, asunto T-339/04, en la cual precisa los conceptos jurídicos del objeto y finalidad de la inspección en los siguientes términos:

"58. La exigencia de que la Comisión indique el objeto y la finalidad de la inspección constituye una garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas y, en consecuencia, el alcance de la obligación de motivar las decisiones de inspección no puede ser restringido en función de consideraciones relativas a la eficacia de la investigación. A este respecto hay que precisar que, si bien es cierto que la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de una decisión de inspección todas las informaciones de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a delimitar de modo preciso el mercado relevante, ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de dichas infracciones, ni a indicar el período durante el que se cometieron las mismas, sí debe, en cambio, señalar lo más claramente posible los indicios que pretende comprobar, a saber, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la inspección (véanse, en relación con el



Reglamento núm. 17, las sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Dow Benelux/Comisión, 85/87, Rec. pg. 3137, apartado 10; Hoechst/Comisión, citada en el apartado 57 supra, apartado 41, y Roquette Frères, citada en el apartado 29 supra, apartado 48).

A la vista de la doctrina fijada en la sentencia del TJUE de fecha 25 de Enero de 2007 (C-407/04 P; Dalmine SpA), entendemos que debe distinguirse entre la información que se facilita una vez iniciado el procedimiento sancionador y aquella que se facilita en supuestos de investigaciones preliminares o previas de dicho procedimiento sancionador, por cuanto, como señala dicha sentencia en su párrafo 60, *"Como el Tribunal de Primera Instancia declaró acertadamente en el apartado 83 de la sentencia recurrida, si los derechos antes contemplados se extendieran al período anterior al envío del pliego de cargos, como propone la recurrente, se vería comprometida la eficacia de la investigación de la Comisión, dado que, ya durante la primera fase de la investigación de la Comisión, la empresa estaría en condiciones de identificar las informaciones conocidas por la Comisión y, en consecuencia, las que pueden aún serle ocultadas"*.

En el mismo sentido, se pronuncia el Tribunal General en la sentencia de 28 de abril de 2010, Asunto T-448/05, caso Amann & Söhne GmbH & Co. KG, en cuyo apartado 336 dice: *"El reproche que las demandantes hacen a la Comisión de que nos les comunicó las informaciones que ya obraban en su poder también carece de pertinencia. En efecto, en el marco de un procedimiento administrativo en materia de competencia, por una parte, la notificación del pliego de cargos y, por otra, el acceso al expediente que permite al destinatario del pliego conocer las pruebas que figuran en el expediente de la Comisión, garantizan el derecho de defensa y el derecho a un juicio justo de la empresa de que se trata. En efecto, la empresa afectada es informada mediante el pliego de cargos de todos los elementos esenciales en los que se apoya la Comisión en esta fase del procedimiento. Por consiguiente, la empresa afectada sólo puede hacer valer plenamente su derecho de defensa después de la notificación de dicho pliego. Si los derechos antes contemplados se extendieran al período anterior al envío del pliego de cargos, se vería comprometida la eficacia de la investigación de la Comisión, dado que, ya durante la primera fase de la investigación de la Comisión, la empresa estaría en condiciones de identificar las informaciones conocidas por la Comisión y, en consecuencia, las que pueden aún serle ocultadas (sentencia del Tribunal de Justicia Dalmine/Comisión, citada en el apartado 260 supra, apartados 58 a 60)"*.

Y también se ha pronunciado en parecidos términos el Tribunal Supremo en la sentencia de 31 de octubre de 2017, recurso casación núm. 1062/2017, donde sostiene que *"... cabe coincidir con el Abogado del Estado en lo que se refiere a que en el control judicial de la solicitud de autorización de entrada es necesario que se tome en consideración el tipo de procedimiento en el que se inserta, siendo así que en los casos de investigaciones preliminares en las que se buscan elementos de información que aún no se conocen o no están plenamente identificados, no cabe exigir una información adicional o complementaria que, pudiendo ser propia de un procedimiento sancionador, no se encuentra disponible en una investigación preliminar. La exigencia de una información detallada y exhaustiva sería contraria al efecto útil de inspecciones como instrumento necesario para que la Comisión pudiera realizar sus funciones de velar por el respeto de las normas de competencia. Así pues, lo que resulta exigible en este tipo de procedimientos es que la información suministrada para la solicitud de entrada sea la precisa y necesaria para cumplir los requisitos legales y acreditar la procedencia y necesidad de la medida interesada que restringe el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18 CE. Legislación citada CE art. 18 (...) No cabe extender a la investigación inicial o preliminar reservada las exigencias de información propias de los procedimientos sancionadores en los que la CNMC dispone de indicios y datos suficientes para apreciar la existencia de la infracción"*.

En consecuencia, el alcance de la obligación de motivar y de contener información más detallada *"depende de la naturaleza del acto de que se trate y del contexto en el que se haya adoptado, así como del conjunto de normas jurídicas que regulan la materia"* (apartado 39 de la sentencia de 26 de octubre de 2010 del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas dictada en el asunto T-23/09 caso Conseil National de l'Ordre des Pharmaciens).

Por ello, y como decíamos, no es correcto sostener que la CNMC debe trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición ni tampoco que debe realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de informaciones que están en su poder y planificar su actuación. No debe olvidarse que la finalidad de la inspección es conseguir pruebas, lo que significa que, a falta de estas, no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción.

Por tanto, la doctrina jurisprudencial expuesta es aplicable en el presente caso toda vez que la orden de investigación y la necesidad de la inspección y del registro domiciliario se realizó en el curso de una información previa y reservada al tener la CNMC conocimiento de la posible existencia de una infracción contraria a las normas de competencia. Ello determinó la orden de registro a fin de comprobar la veracidad de la información obtenida y justificar así, en su caso, la incoación del expediente sancionador.



Como señala la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de octubre de 2010, asunto T-23/09, en el apartado 40: *"El Tribunal de Justicia también ha señalado que es importante salvaguardar el efecto útil de las inspecciones como instrumento necesario para permitir a la Comisión ejercer sus funciones de guardiana del Tratado en materia de competencia. Así, con el fin de salvaguardar la utilidad del derecho de acceso de la Comisión a los locales comerciales de la empresa objeto de un procedimiento de aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE, tal derecho implica la facultad de buscar elementos de información diversos que aún no se conocen o no están plenamente identificados (véanse, a propósito del Reglamento núm. 17, la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión, 46/87 y 227/88, Rec. p. I-2859, apartado 27, y el auto Minoan Lines/Comisión, antes citado, apartado 36)".*

Teniendo presente que la orden impugnada se ha dictado apoyándose en la información y conocimiento obtenidos por la Dirección de Competencia en esa fase previa de investigación, es preciso matizar y relativizar la exigencia de una mayor concreción de los indicios con los que se contaba hasta entonces.

Al respecto, la Sala considera que la información reservada, cualquiera que sea su origen, afecta a la necesidad de preservar el efecto útil de la labor inspectora, lo que incide en el grado de concreción necesario en la Orden de Investigación. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de junio de 2014 establece que: *"si bien corresponde ciertamente a la Comisión indicar, con la mayor precisión posible qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación [...] no es, en cambio, indispensable hacer constar en una decisión de inspección una delimitación precisa del mercado relevante, la calificación jurídica exacta de las supuestas infracciones ni la indicación del período durante el que, en principio, se cometieron las mismas, siempre que esa decisión de inspección contenga los elementos esenciales [...]".*

En consecuencia, y con arreglo a esta doctrina, resulta desproporcionado exigir que en la orden de investigación, dictada en una fase preliminar de la investigación, se recojan datos más específicos relativos a la participación y otros elementos de información -como los relacionados con la operativa, el grado de participación de la afectada, o posibles alternativas a la solicitud de entrada-, que no son propios de estos momentos iniciales o preliminares de la investigación en los que, precisamente, a través de la entrada en el domicilio social, se buscan elementos o datos que, o bien no se conocen, o bien no están suficientemente identificados en los documentos que conforman la información reservada, todo ello con la finalidad de poder determinar los hechos supuestamente contrarios a la Ley de Defensa de la Competencia.

En el presente caso, la orden de investigación permitía identificar a la entidad afectada cuales eran los elementos esenciales de la investigación que exigían la entrada y registro en su sede, así como conocer con un grado de precisión suficiente el objeto y la finalidad de la inspección; no advirtiéndose tampoco, desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, la posibilidad de recurrir a un medio menos agresivo para continuar con la investigación pues, como recoge la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1989, Asunto DOW CHEMICAL IBÉRICA, en su apartado 24: *"Esta facultad de acceso quedaría privada de utilidad si los Agentes de la Comisión hubieran de limitarse a pedir la presentación de documentos o de expedientes que pudieran identificar previamente de manera precisa. Dicha facultad supone, por el contrario, la posibilidad de buscar elementos de información diversos que no sean aún conocidos, o no estén todavía plenamente identificados. Sin esta facultad sería imposible para la Comisión recoger los elementos de información necesarios para la verificación, en el supuesto de enfrentarse con una negativa de colaboración o incluso con una actitud de obstrucción por parte de las empresas afectadas".*

Y como también señala la sentencia del TPI de 26 de octubre de 2010, asunto T-23/09, en su apartado 40: *"el Tribunal de Justicia también ha señalado que es importante salvaguardar el efecto útil de las inspecciones como instrumento necesario para permitir a la Comisión ejercer sus funciones de guardiana del Tratado en materia de competencia. Así, con el fin de salvaguardar la utilidad del derecho de acceso de la Comisión a los locales comerciales de la empresa objeto de un procedimiento de aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE, tal derecho implica la facultad de buscar elementos de información diversos que aún no se conocen o no están plenamente identificados (véanse, a propósito del Reglamento núm. 17, la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión, 46/87 y 227/88, Rec. p. I-2859, apartado 27, y el auto Minoan Lines/Comisión, antes citado, apartado 36)".*

Por otro lado, debe precisarse que la STS de 10 de diciembre de 2014, rec. 4201/2011 no anuló la inspección de la CNC realizada en la sede de UNESA por carecer de una correcta definición de su ámbito territorial sino por la falta de motivación de la Orden de investigación que la amparaba porque los datos contenidos en la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia no aparecían reproducidos en la Orden de Investigación y tal modalidad de motivación *in allunde* no tiene cabida porque es la Orden de Investigación la que debe contener en sí misma las indicaciones necesarias para que pueda cumplir el cometido que se le asigna como garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas. En ese caso, la Orden no cumplía esa garantía porque carecía de motivación propia al remitirse a otra resolución diferente, la del



Consejo de la CNMC que no constaba que se hubiese comunicado a la interesada al mismo tiempo que la propia Orden de Investigación.

Asimismo, en la sentencia de 1 de junio de 2015, rec.874/2015, el Tribunal Supremo anula las Ordenes de investigación por su carácter genérico y omisión de la información mínima indispensable sobre el objeto y alcance de la investigación no por la única razón de carecer de una definición del ámbito territorial en los términos que exige ELECNOR.

No apreciamos, por ello, la vulneración de derechos fundamentales que denuncia la recurrente.

SÉPTIMO.- Sostiene ELECNOR que las declaraciones de clemencia y reducción de ALSTOM y SIEMENS, son nulas por haberse obtenido bajo coacción porque en el momento de hacerlas ambas mercantiles se encontraban en un proceso de fusión y los directivos D. Evaristo y D. Rubén, se habrían negado a suscribir esas solicitudes y que están incurso en la presente infracción.

Denuncia asimismo indefensión por no haber podido acceder a la información aportada por estos directivos para la defensa de sus derechos e intereses.

En realidad, 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 ELECNOR en los tres carteles resulta no solo de la declaración de los directivos D. Evaristo y D. Rubén 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 misma consideración merece la afirmación de que ambas empresas se encontraban en un proceso de fusión porque con independencia de la intención que quiera atribuir la actora a ese hecho no vemos ninguna incidencia en esa circunstancia desde el punto de vista de la verosimilitud de la solicitud de clemencia.

OCTAVO.- Denuncia la parte recurrente la indefensión sufrida por el carácter confidencial de los escritos presentados por los directivos de SIEMENS D. Evaristo y D. Rubén, por el valor exculpativo que tendrían.

Sin embargo, no apreciamos indefensión porque la parte recurrente es cierto que solicitó el complemento del expediente con ese fin, pero cuando la providencia de 17 de octubre de 2019 denegó la solicitud del complemento no la recurrió poniendo de manifiesto el carácter imprescindible de esas declaraciones para cuestionar la validez de la solicitud de clemencia formalizando inmediatamente la demanda.

Entendemos necesario distinguir la solicitud de clemencia que formula la empresa como persona jurídica y que aporta una serie de elementos probatorios que pueden justificar la incoación de un procedimiento sancionador, de las declaraciones de sus directivos que son sancionados como tales en el mismo expediente. Sus manifestaciones pueden tener relevancia a la hora de enjuiciar su participación y culpabilidad, pero no afectan a la validez de la declaración de clemencia siempre que otros elementos objetivos corroboren el contenido de esa solicitud como aquí sucede.

Tampoco entendemos que la resolución recurrida vulnere su derecho de defensa por no tener en cuenta los argumentos y pruebas aportados por ELECNOR en su defensa.

A su juicio, la resolución recurrida no analiza de forma adecuada los argumentos y pruebas aportados en las respectivas fases de alegaciones (relativas a la falta de validez de las declaraciones de clemencia, las características propias de los servicios y contratos a los que se hace referencia en la Resolución, la desnaturalización de la UTE y su consideración por la CNMC como una práctica anticompetitiva o que no se haya tenido en cuenta ningún indicio relativo a algunas de las licitaciones que presuntamente se habrían repartido por las empresas sancionadas).

Sin embargo, el examen de las actuaciones permite observar que las alegaciones efectuadas por ELECNOR a lo largo del procedimiento han sido valoradas por la CNMC, págs 245 a 248 de la resolución, con independencia de que no hayan sido acogidas favorablemente.



Así, la CNMC consideró pertinente incorporar al expediente todos los documentos nuevos aportados por las partes junto con sus escritos de alegaciones a la propuesta de resolución, si bien consideró que dichos documentos no aportaban valor añadido a la información que ya obraba en el expediente y en función de la cual consideró acreditados los hechos objeto de investigación y la imputación realizada respecto de las entidades incoadas, pero esto no significa que el derecho de defensa de la recurrente se haya visto coartado en algún momento.

NOVENO- Seguidamente, considera ELECNOR que la resolución recurrida califica erróneamente las prácticas sancionadas en relación con las licitaciones del AVE y del mantenimiento de las líneas convencionales como infracciones únicas y continuadas como consecuencia de una incorrecta definición de los mercados relevantes y valoración de los hechos: aun teniendo en cuenta toda la prueba nula, los hechos anteriores a 2012 en relación con las licitaciones del AVE no tuvieron continuidad y están prescritos.

La resolución recurrida define el mercado atendiendo a los productos y por eso distingue, de un lado, mercados que afectan a trenes de alta velocidad y convencionales, y a partir de ahí, diferencia los mercados que afectan a los sistemas de electrificación y equipos de electromecánica. Dentro de estos y en atención a las prácticas investigadas, en el tren convencional comprende solo el mantenimiento y en el de las líneas ferroviarias de alta velocidad comprende las de construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación, de un lado y de equipos electromecánicos, en otro.

A juicio de la Sala, esta definición de mercado se ajusta de manera adecuada a las conductas sancionadas. Por esa razón, el hecho de que la Comisión Europea en la operación de concentración asunto COMP/M 2139 Bombardier Adtranz haya diferenciado entre mantenimiento ligero y mantenimiento de gran envergadura que permitan dar lugar, en opinión de la recurrente, a la distinción entre actividades de construcción y mantenimientos de sistemas de electrificación ferroviaria, como mercados separados, no significa que la definición otorgada por la resolución recurrida sea contraria a derecho.

La resolución recurrida ha tenido en cuenta la definición de mercado efectuada en las operaciones de concentración que describe, realizando la Comisión en la operación de concentración que también menciona, asunto COMP/M 2139 Bombardier Adtranz, una subdivisión adicional mucho más específica en la que distingue, efectivamente, entre servicios de mantenimiento de gran envergadura y servicios de mantenimiento ligero pero que, a juicio de la Sala, no supone que la definición de mercado de la resolución sancionadora sea errónea.

Las diferencias que menciona ELECNOR entre la actividad de construcción y la de mantenimiento de sistemas de electrificación, de plantilla, jornada etc pueden ser reales, pero en el contexto en el que se han realizado las prácticas colusorias sancionadas ello no permite entender que como no se ha distinguido entre un mercado de mantenimiento y otro de obra nueva, se ha roto la continuidad infractora.

A su juicio, el mercado afectado no ha sido definido correctamente por la CNMC, porque considera dentro del mismo las actividades de mantenimiento y de obra nueva cuando, en realidad, se trata de mercados distintos ya que la actividad de mantenimiento requiere de una plantilla más estable y cualificada, así como de una maquinaria homologada y las empresas implicadas en el expediente separan dichas actividades a efectos de su organización y contabilidad interna.

DÉCIMO .- Rechaza ELECNOR la concurrencia de los requisitos que permiten apreciar la existencia de una infracción única y continuada.

En la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 16 de junio de 2011, en el asunto T-211/08, Putters International NV, con cita de la sentencia de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni (C- 49/92, Rec. p. I-4125), apartado 82, se afirmó que:

" para acreditar la existencia de una infracción única y continuada, la Comisión debe probar, en particular, que la empresa intentó contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas en la consecución de los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, apartado 31 supra , apartado 87)". Y añadió que " las prácticas colusorias sólo pueden ser consideradas elementos constitutivos de un acuerdo único restrictivo de la competencia si se acredita que se inscriben en un plan global que persigue un objetivo común. Además, sólo si la empresa supo, o debería haber sabido, cuando participó en las prácticas colusorias que, al hacerlo, se integraba en el acuerdo único, su participación en las prácticas colusorias de que se trata puede constituir la expresión de su adhesión a dicho acuerdo (sentencia del Tribunal de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T-25/95 , T-26/95, T-30/95 a T-32/95,



T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T- 50/95 a T-65/95, T-68/95 a T- 71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95, Rec. p. II-491, apartados 4027 y 4112)."

En igual sentido, la sentencia del Tribunal General, en el asunto T-27/10, AC-Treuhand AG de 17 de mayo de 2013, afirma que *"también es importante precisar que el concepto de objetivo único no puede determinarse mediante una referencia general a la distorsión de la competencia en el mercado afectado por la infracción, puesto que el perjuicio para la competencia constituye, como objeto o efecto, un elemento consustancial a todo comportamiento incluido en el ámbito de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1. Tal definición del concepto de objetivo único entrañaría el riesgo de privar al concepto de infracción única y continuada de una parte de su sentido, pues tendría como consecuencia que varios comportamientos relativos a un sector económico, contrarios al artículo 81 CE, apartado 1, deberían calificarse sistemáticamente como elementos constitutivos de una infracción única (véase la sentencia del Tribunal de 30 de noviembre de 2011, Quinn Barlo y otros/Comisión, T-208/06, Rec. p. II-7953, apartado 149, y la jurisprudencia citada)(apartado 240)".*

El apartado 241 de la misma Sentencia señala que *"en consecuencia, con objeto de calificar diversos comportamientos como infracción única y continuada, procede verificar si presentan un vínculo de complementariedad, en el sentido de que cada uno de ellos está destinado a hacer frente a una o varias consecuencias del juego normal de la competencia, y contribuyen, mediante una interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia buscados por sus autores, en el marco de un plan global encaminado a un objetivo único. A este respecto, habrá que tener en cuenta cualquier circunstancia que pueda demostrar o desmentir dicho vínculo, como el período de aplicación, el contenido (incluyendo los métodos empleados) y, correlativamente, el objetivo de los diversos comportamientos de que se trata (véase la sentencia Amann & Söhne y Cousin Filterie/Comisión, antes citada, apartado 92, y la jurisprudencia citada)".*

De esa jurisprudencia se deduce que deben concurrir tres requisitos para acreditar la participación en una infracción única y continuada, a saber, la existencia de un plan global que persigue un objetivo común, la contribución intencional de la empresa a ese plan y el hecho de que tenía conocimiento (demostrado o presunto) de los comportamientos infractores de los demás participantes.

A) Respecto de las licitaciones relativas a la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de alta velocidad desde abril de 2008 hasta marzo de 2016, considera ELECNOR que cualquier práctica anterior a 2012 era aislada y carecía de continuidad temporal.

Un ejemplo de ello, dice, es el denominado acuerdo "Macro/Micro" que constituye una práctica muy específica, referida únicamente a tres licitaciones concretas y que surgió de forma puntual en un contexto de crisis y ante la importancia de tres licitaciones anunciadas por ADIF.

La práctica "Macro/Micro" se refería únicamente a estas tres obras y que no hay prueba alguna de que tuviera continuidad con posterioridad al 2010 ni que tuviese conexión con cualquier otro supuesto acuerdo. Es más, las declaraciones presentadas por ALSTOM en el marco de su solicitud de clemencia, como la de Ambrosio de 29 de marzo de 2017 (folios 12762 a 12786 del Expediente), apoyan que el acuerdo "Macro/Micro" solo se refería a estos tres concursos.

El resto de prácticas identificadas antes de 2012, se limitaban a (i) la licitación para la construcción y mantenimiento de subestaciones eléctricas línea AVE Albacete-Alicante, de 23 de diciembre de 2009; (ii) la licitación para la construcción y mantenimiento de las catenarias de la línea del AVE Albacete-Alicante, de la misma fecha que la anterior; y (iii) la licitación para la construcción y mantenimiento de las subestaciones y las catenarias de las líneas del Corredor Mediterráneo, de 5 de enero de 2010.

Entiende que no cabe apreciar la existencia de un cártel durante casi dos décadas aglutinando licitaciones aisladas que poco tienen que ver unas con otras, sin aportar prueba que pueda sugerir la existencia de un objetivo común entre las empresas ofertantes en las mismas.

Tampoco existe continuidad a partir de 2013 porque si bien la resolución incluye un total de 26 obras posteriores al año 2013 (de las cuales 15 son en relación con línea convencional y 11 en relación con AVE), desde el año 2013 ELECNOR ha presentado 220 ofertas y no cabe calificar de "infracción única y continuada" a unos supuestos acuerdos puntuales.

Por lo tanto, no se ha acreditado la existencia de una práctica global que se haya extendido en el tiempo desde el 2008 hasta el 2016. Al contrario, todo indica que no existía una infracción continuada antes de 2012 y, en consecuencia, que todas aquellas prácticas que tuvieron lugar antes de dicho año han de considerarse prescritas en aplicación de lo dispuesto en el artículo 68 de la LDC.

DÉCIMOPRIMERO.- El examen del expediente revela sin embargo, la existencia de acuerdos de abril de 2008 en los que ha participado ELECNOR cuyo objeto era repartirse 5 licitaciones convocadas en enero y febrero de



ese año para la construcción y mantenimiento de varios tramos de diversas líneas de alta velocidad. (folios 18869 a 18870).

El acuerdo refleja como cuatro empresas, entre ellas ELEC NOR, acuerdan repartirse a partes iguales el 50% del precio del contrato ya sea porque forman parte de la UTE adjudicataria o porque entran en el contrato a través de la subcontratación.

Figura otro acuerdo en abril de 2009, relativo a la licitación para la "construcción y el mantenimiento de la línea aérea de contacto del Eje Orense Santiago del Corredor Noroeste de Alta Velocidad" al que finalmente COBRA, ELEC NOR y SEMI, pese a reconocer haber acordado previamente acudir conjuntamente, se presentan por separado.

En marzo de 2011, el documento denominado "Reparto ferrocarriles 2011", figura el reparto de volumen y margen de ciertas licitaciones, entre las que aparece la anteriormente mencionada.

En un documento denominado "Acuerdo COBRA-ELEC NOR 16-03-10" se acuerda que COBRA debía compensar a ELEC NOR con obras que la primera tenía adjudicadas en UTE con la segunda, cediéndole a ésta hasta el 100% de la producción.

Posteriormente otras empresas se unirían a los acuerdos de reparto de las licitaciones de 2010. En el expediente obran diversas anotaciones y correos que evidencian el contenido de los repartos (de producción y diferenciales de márgenes de los contratos).

En el hecho 111 de la resolución se alude a dos reuniones celebradas en 2011.

En primer lugar, la reunión de 14 de abril de 2011, organizada por el Director de Subestaciones y Ferrocarriles de ELEC NOR (documento incluido en la carpeta "correos", (folio 347), recabado en la inspección de ELEC NOR), y en la que participaron directivos de ALSTOM, COBRA, ELEC NOR y ELECTRÉN, para analizar, dentro del acuerdo MACRO, la ejecución hasta esa fecha del contrato de subestaciones y el correspondiente reparto del 6% de diferencial (documento incluido en "Agenda 2011-2012", (folio 580), recabado en la inspección de ELEC NOR.

Y a la reunión el 3 de octubre de 2011, entre directivos de ALSTOM, CITRACC (entonces BALFOUR), COBRA, ELEC NOR, ELECTRÉN, INABENSA, ISOLUX, SEMI y SIEMENS (incluido en la carpeta "correos", folio 344, recabado en la inspección de ELEC NOR; y correo electrónico de SEMI a ALSTOM, CITRACC, COBRA, ELEC NOR, ELECTRÉN, INABENSA, ISOLUX, SEMI, SIEMENS de 27 de septiembre de 2011 con asunto "reunión 3/10/2011", folio 17557, recabado en la inspección de SEMI.

En el hecho 112 de la resolución, se expone como el 30 de noviembre de 2011, el Director General de Producción de ELECTRÉN envió un correo electrónico al Director de Subestaciones y Ferrocarriles de ELEC NOR y al Responsable de Estudios y Proyectos de COBRA, adjuntando un fichero con la propuesta de los pedidos a realizar a dichas empresas por la UTE ACELEC de ALSTOM, CYMI y ELECTRÉN, adjudicataria de la licitación de las subestaciones (correo electrónico de ELECTRÉN a COBRA y ELEC NOR de 30 de noviembre de 2011, y documento adjunto "Pedidos varios.xls", folios 351, 352, 1868, 1869, 17179 y 17180, recabado en las inspecciones de ELEC NOR y ELECTRÉN).

Basta comprobar en los folios citados la existencia de los documentos y correos descritos.

Estos documentos reflejan 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.

No hay duda, a juicio de esta Sala, que deben integrarse dentro de la conducta consistente en el reparto de licitaciones todas aquellas otras dirigidas a asegurar la efectividad y plena ejecución de dicho reparto.

La resolución describe acuerdos de reparto de licitaciones de cada año en el periodo 2008-2012. Constan igualmente acuerdos de 2013, para el reparto de 5 licitaciones referidos al mantenimiento de los sistemas de electrificación de las líneas del AVE, entre los que se encuentra ELEC NOR.

Para hacer efectivos los repartos se celebraban una serie de reuniones entre las empresas con el objetivo de calcular de forma aproximada la cuota de mercado histórica y así mantener el statu quo del mercado de mantenimiento de las líneas de alta velocidad en España para los futuros contratos o renovaciones de los próximos 4 años. Pueden verse las declaraciones de ALSTOM (folio 12774) y de SIEMENS en su solicitud de reducción del importe de la multa (folio 26298).

Así, existen acuerdos de reparto para las licitaciones de 2014.



Por ejemplo, para "la construcción de las instalaciones de línea área de contacto (catenarias) y sistemas asociados de la línea AVE Antequera Santa Ana-Granada", las empresas incoadas, entre las que se encuentra ELECENOR, acordaron repartirse la misma mediante la presentación de ofertas en diferentes UTE bajo el compromiso de que la UTE adjudicataria subcontrataría a las demás, que presentarían ofertas de cobertura.

El mismo tipo de Acuerdo consta respecto de la licitación para "la ejecución de las obras y realización del mantenimiento de los centros de autotransformación y telemando de energía de las subestaciones eléctricas del tramo Monforte-Murcia del Nuevo Acceso Ferroviario de Alta Velocidad Madrid-Castilla-La Mancha- Comunidad Valenciana-Región de Murcia para las subestaciones Monforte-Murcia" y para la de "el mantenimiento de instalaciones de energía de tracción: Línea Aérea de Contacto, Subestaciones eléctricas y sistemas asociados de Líneas de Alta Velocidad: Madrid-Sevilla, Córdoba-Málaga y La Sagra-Toledo. Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera Francesa, Zaragoza-Tardienta y Vandellós- Tarragona. Madrid-Valencia y Bifurcación Albacete-Alicante, Madrid-Valladolid y Ramal Olmedo-Medina del Campo."

Las anotaciones manuscritas del Delegado de Subestaciones de ELECENOR recogen de manera detallada la implementación del reparto económico que realizaron las empresas, cómo fijaron el porcentaje en que debía quedar la baja de la oferta ganadora (que quedó fijado entre 2,8 % y 3,2%), cuál debía ser el de la 2ª oferta (entre 0 y 1,5 %) y qué empresas debían presentar las ofertas de cobertura o acompañamiento. (Documentación incluida en "Cuaderno _20_Enero _ 2014" del Delegado de Subestaciones de ELECENOR (folios 505, 508 y 509) recabada en la inspección de ELECENOR y contestación de ADIF al requerimiento de información realizado (folios 6843 a 6853, 7034 a 7052, 6928 a 6939, 7155 a 7167 y 7261 a 7271).

Describe también la resolución la existencia de un mecanismo de reparto de licitaciones de menor cuantía de octubre 2015 y marzo de 2016.

Así, explica la resolución recurrida que ELECENOR junto con ALSTOM, COBRA, ELECTRÉN, INABENSA, SEMI y SIEMENS, socias de la UTE AVE ENERGÍA, desarrollaron un mecanismo de reparto de licitaciones de menor cuantía convocadas el 10 de junio por ADIF. Así, cuando más de una de estas 7 empresas estaban interesadas en participar en dichas licitaciones, se realizaba un sorteo entre ellas para determinar qué oferta resultaría ganadora y una vez determinada la empresa que debería resultar adjudicataria de la licitación en cuestión, el responsable de la UTE elaboraba el presupuesto o estudio económico de la oferta ganadora y el resto de las empresas elaboraban las ofertas de cobertura o acompañamiento a presentar para asegurar su adjudicación.

A cambio de lo anterior, la empresa potencialmente adjudicataria acordaba subcontratar el 95% de valor del trabajo en cuestión a la UTE AVE ENERGÍA, reservándose el 5% como remuneración. Las licitaciones repartidas entre los socios de la UTE AVE ENERGÍA fueron la de octubre de 2015 para la acometida al edificio técnico de Venta La Inés, restringida a las empresas de la UTE AVE ENERGÍA, por un importe máximo de 19.243 euros, en la que COBRA resultó adjudicataria, subcontratando posteriormente a la UTE AVE ENERGÍA, y la licitación de 17 de marzo de 2016 para la obra del Telemando de seccionadores para talleres, restringida a las empresas de la UTE AVE ENERGÍA, por un importe de 129.954,66 euros, que fue adjudicada a ELECTRÉN, que posteriormente subcontrató a la UTE AVE ENERGÍA. Información aportada por ALSTOM en su solicitud de exención del pago de la multa (folios 12737 a 12739).

Además, las empresas intentaron también repartirse las siguientes licitaciones, de acuerdo con la información aportada por ALSTOM y SIEMENS:

- Licitaciones convocadas en diciembre de 2013 para la construcción de las infraestructuras de la LAC y sistemas asociados de las líneas AVE de Venta de Baños-Burgos del Corredor Norte Noroeste.
- Licitación para la construcción y el mantenimiento de las subestaciones eléctricas del tramo Valladolid-León y Venta de Baños- Burgos.

Licitaciones para los proyectos de electrificación en colaboración público privada licitados por ADIF entre febrero y marzo de 2011 (Olmedo-Orense y Albacete-Alicante), y

- Licitación para la construcción de la catenaria de la línea AVE Olmedo Zamora-Pedralba (2013-2014).

Licitación en junio de 2014 para el mantenimiento de instalaciones de energía de tracción: Línea Aérea de Contacto, Subestaciones eléctricas y sistemas asociados de Líneas de Alta Velocidad: Madrid-Sevilla, Córdoba-Málaga y La Sagra- Toledo. Madrid-Zaragoza-Barcelona-Frontera Francesa, Zaragoza-Tardienta y andellós-Tarragona. Madrid-Valencia y Bifurcación Albacete-Alicante, Madrid-Valladolid y Ramal Olmedo-Medina del Campo. El plazo de ejecución era de 10 años y el valor estimado total del contrato de 203.714.000 euros.

ALSTOM, COBRA, ELECENOR, ELECTREN, INABENSA, SEMI y SIEMENS decidieron seguir con los acuerdos de reparto y para ello, conformaron una única UTE con un porcentaje de participación equivalente a su cuota de



mercado, la denominada UTE AVE ENERGÍA. Información aportada por ALSTOM en su solicitud de exención del pago de la multa (folios 12757, 12773 y 12774) y por SIEMENS en su solicitud de reducción del importe de la multa (folios 26594 y 26595).

Con posterioridad, se acordó por los miembros de la UTE AVE ENERGÍA que los medios y recursos que habían sido aportados a la UTE por las empresas que la integraban pudieran ser utilizados por esas empresas en la presentación de ofertas a otras licitaciones que fueran convocados en el futuro. Ello se confirma en un correo electrónico interno de ALSTOM de 17 de noviembre de 2015 que adjunta un fichero Excel con simulaciones de reparto global entre las citadas 7 empresas, que se identifican por sus iniciales -ALSTOM (A), COBRA (C), ELECNOR (ELN), ELECTRÉN (ELC), INABENSA (I), SEMI (SE) y SIEMENS (SI)-, en función de las facturaciones obtenidas por cada una de ellas en las licitaciones del mantenimiento de los sistemas de electrificación de las líneas AVE de Valladolid-León, Antequera-Granada y Monforte del Cid-Murcia. Correo electrónico interno de ALSTOM de 17 de noviembre de 2015 con adjunto "3.xlsx" (folios 12838 a 12846), aportado por ALSTOM en su solicitud de exención del pago de la multa.

Los miembros de la UTE AVE ENERGIA acordaron un mecanismo para el uso de los recursos de la UTE AVE ENERGIA. Implicaba una facturación del 3% de la producción real de la UTE en el mes anterior. Se instrumentaría mediante un pedido lanzado por esta a los socios por dicho importe. Correo electrónico de SIEMENS a ALSTOM, COBRA, ELECNOR, ELECTRÉN, INABENSA y SEMI de 15 y 16 de julio de 2015, y los recibidos en contestación a éstos de COBRA a ALSTOM, ELECNOR, ELECTRÉN, INABENSA, SEMI y SIEMENS de 16 de julio de 2015 y de SEMI a ALSTOM, COBRA, ELECNOR, ELECTRÉN, INABENSA y SIEMENS de 16 de julio de 2015, con asunto "RE: Propuesta de reparto del 3% en concepto de gastos de estructura UTE MANTENIMIENTO AVE ENERGIA: CONCRETANDO EL MODUS OPERANDI", recabados en las inspecciones de ELECTRÉN (folios 17256 a 17258), SEMI (folios 17997 a 17803) y SIEMENS (folios 21821 a 21826).

Ese mecanismo de reparto se utilizó por los miembros de la UTE en

a) Licitación para el mantenimiento de las instalaciones de la catenaria y sistemas asociados de la línea de AVE Antequera Santa Ana-Granada (2015). Correo electrónico de INABENSA a ALSTOM, ELECNOR de 2 de diciembre de 2015, con asunto "Proposición Ofertas Mttos Antequera-Granada y Monforte-Murcia"; correo electrónico de ALSTOM a ELECNOR e INABENSA de 2 de diciembre de 2015, con asunto "RE: Proposición Ofertas Mttos Antequera-Granada y Monforte-Murcia"; correo electrónico interno de ALSTOM de 2 de diciembre de 2015 con asunto "RV: Proposición Ofertas Mttos Antequera-Granada y Monforte-Murcia" (folios 3145, 3146), recabados en la inspección de ALSTOM.

b) Licitación para el mantenimiento de las instalaciones de la LAC, sistemas asociados de la línea de AVE Monforte del Cid-Murcia y nudo de La EncinaTorrent (2015). Cadena de correos electrónicos de 2 de diciembre de 2015 entre ALSTOM, INABENSA y ELECNOR, con asunto "RE: Proposición Ofertas Mttos Antequera-Granada y Monforte-Murcia" (folios 3145 a 3146), recabado en la inspección de ALSTOM.

Otras licitaciones repartidas entre los socios de la UTE AVE ENERGÍA fueron la licitación de octubre de 2015 para la acometida al edificio técnico de Venta La Inés, restringida a las empresas de la UTE AVE ENERGÍA, por un importe máximo de 19.243 euros, en la que COBRA resultó adjudicataria, subcontratando posteriormente a la UTE AVE ENERGÍA, y la licitación de 17 de marzo de 2016 para la obra del Telemando de seccionadores para talleres, restringida a las empresas de la UTE AVE ENERGÍA, por un importe de 129.954,66 euros, que fue adjudicada a ELECTRÉN, que posteriormente subcontrató a la UTE AVE ENERGÍA. Información aportada por ALSTOM en su solicitud de exención del pago de la multa (folios 12737 a 12739).

Entiende por ello la Sala, que se encuentra acreditada la participación de ELECNOR en los hechos descritos que constituyen una infracción única y continuada de reparto de licitaciones entre abril de 2008 hasta marzo de 2016 sin que se rompa la continuidad porque, a su juicio, los acuerdos macro- micro se refieran solo a tres licitaciones específicas.

Como explica la resolución recurrida los denominados acuerdos "Micro-Macro", consistían en la "preasignación de los márgenes de servicios y de volumen que le corresponderían a cada una de las Empresas participantes en relación a dichos concursos. La cuota de participación que implicaba que cada una de las empresas participantes recibía una cuota de valor respecto de los contratos que se adjudicaban en el/los concurso/s asignado/s. Cada una de las empresas participantes podía alcanzar su cuota bien directamente, cuando la empresa resultaba adjudicataria directa de 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 cuanto al Macroacuerdo, destaca la resolución, que las anotaciones del Director de Subestaciones y Ferrocarriles de ELECNOR identifican a las empresas de los Grupos 1 y 2, destacando a las 3 empresas



que formaron la UTE COBALSE SEMI (S), COBRA (C) y CITRACC (entonces BALFOUR), señalándolas como ganadoras. Se indica, además, que hay que pagar el diferencial acordado a los Grupos 3 y 4. Asimismo, las notas indican que como en esa fase de oferta no se había fijado costo con margen bruto cero, si una vez llegado el momento no se consensuaba el mismo, se repartiría como media de los cuatro grupos. Documentación incluida en la carpeta "microsil" recabada en la inspección de ELEC NOR" (folio 303).

El análisis efectuado por la Sala, confirma la apreciación de la resolución sancionadora en la utilización de diversos mecanismos como la constitución en UTES, la subcontratación, etc para implementar los acuerdos de reparto de licitaciones que constituye el objetivo común de las empresas sancionadas.

B) Respecto de las licitaciones relativas al mantenimiento de equipos de electrificación de líneas de tren convencional, sostiene ELEC NOR que la resolución reproduce pruebas en su práctica totalidad anteriores al año 2012 y que el único elemento al que la Resolución sancionadora hace referencia para probar la continuidad de la práctica sancionada desde el año 2012 es la existencia de un supuesto "acuerdo especial" entre Semi y Telice, que según la CNMC habrían pasado a formar parte del presunto cártel (página 45 de la Resolución).

En realidad, dice ELEC NOR que " (i) los contactos entre Semi y Telice se produjeron al margen de las comunicaciones con el resto de empresas imputadas, sin que haya ninguna prueba adicional que demuestre que estos formaban parte de un plan global para restringir la competencia en el que hubiese participado Elec nor, (ii) no existe ninguna prueba en el Expediente que acredite que Elec nor o el resto de empresas conociesen y/o consintiesen ese supuesto acuerdo puntual con Telice, (iii) el cambio en la estructura de las licitaciones anteriores y posteriores a 2012 determinó una modificación en el comportamiento de las empresas que pone de manifiesto la inexistencia de un acuerdo global de reparto y (iv) la propia resolución analiza por separado las prácticas anteriores a 2012 y posteriores a 2013.

Entiende por ello que las prácticas anteriores al año 2012 se encuentran prescritas.

No podemos compartir esa afirmación porque aunque es cierto que el hecho 22 de la resolución se refiere a licitaciones anteriores, como sostiene la actora, en realidad, a ELEC NOR se le imputa en el hecho 23, por un documento incluido en la carpeta "Cuaderno Folios 17-11-11" recabada en la inspección de ELEC NOR (folio 447). consistente en unas anotaciones manuscritas del Delegado de Subestaciones de Interior de ELEC NOR de 21 de noviembre de 2011, en relación a la sistemática a seguir respecto del reparto de dichas licitaciones. Este hecho específico solo se le imputa a ELEC NOR porque el documento es del mencionado cargo de la empresa y describe el procedimiento a seguir en los futuros acuerdos de reparto de licitaciones.

Se trata 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.....).

Por lo tanto, debemos confirmar la participación de ELEC NOR en el cartel de mantenimiento de equipos de electrificación de líneas de tren convencional desde mayo 2002, esto no lo discute la actora, hasta noviembre de 2016.

C). Sobre la conducta relativa a los equipos electromecánicos en líneas de alta velocidad expone ELEC NOR que (i) únicamente intervino en un único proyecto de forma puntual, (ii) que no hay prueba que permita concluir que formó parte del cártel de ALSTOM e INDRA o que tuviera conocimiento del mismo, y que (iii) los contactos en los que ELEC NOR habría participado no generaron en todo caso ningún efecto anticompetitivo, resultando incluso en un precio inferior.

Además, no existió ninguna licitación y, por tanto, tampoco un reparto de licitaciones, como sostiene la resolución recurrida. Al contrario, se trató de un único encargo directo a ELEC NOR por parte de un contratista privado, que posteriormente trató de obtener un mejor precio al contactar con otras empresas, incluso incitándolas a formar acuerdos con el objetivo de ofrecer la subcontratación a un coste inferior. Entiende por ello que procede la anulación de la Resolución también en lo que se refiere a esta conducta.

La resolución recurrida describe una serie de licitaciones relativas a los equipos electromecánicos en líneas de alta velocidad que fueron objeto de reparto entre ALSTOM e INDRA y en las que ELEC NOR, efectivamente, no participó.

En este punto, debemos dar la razón a ELEC NOR.

La resolución recurrida respecto de la conducta relativa a los equipos electromecánicos en líneas de alta velocidad se limita a describir una serie de licitaciones que fueron objeto de reparto entre ALSTOM e INDRA pero sin explicar, desde el punto de vista de la imputación a ELEC NOR cual era el plan global que persigue un



objetivo común, cuál era la contribución intencional de ELEC NOR a ese plan y por qué deduce que ELEC NOR conocía los comportamientos infractores de ALSTOM e INDRA.

Nada de esto se razona en la resolución recurrida que se limita a decir que " *al cartel se sumó ELEC NOR*" pero sin explicar por qué debe entenderse que forma parte del mismo teniendo en cuenta que las licitaciones objeto de reparto entre ALSTOM e INDRA eran públicas y el proyecto FOLLO LINE, no y que en la mecánica de reparto entre ALSTOM e INDRA no hay ningún indicio que permita entender que era conocida por ELEC NOR.

Una cosa es que, la Sala aprecie que, efectivamente exista una infracción única y continuada constitutiva de cartel relativa a los equipos electromecánicos en líneas de alta velocidad cometida por ALSTOM e INDRA desde 2012 por los repartos de licitaciones que incluye el proyecto FOLLO LINE de 2015 y otra que entendamos acreditado que ELEC NOR forme parte de esa infracción, lo que rechazamos, pues no se ha acreditado su conocimiento de las conductas de ALSTOM e INDRA ni su contribución al plan común. ELEC NOR podría ser sancionada por una infracción aislada en relación al proyecto FOLLO LINE pero no como autor de una infracción única y continuada como la descrita pues no se han acreditado sus elementos esenciales en los términos expuestos.

Procede estimar el recurso en este punto y anular la sanción impuesta a ELEC NOR en cuanto al cartel relativo a los equipos electromecánicos en líneas de alta velocidad en el que entendemos que respecto de ELEC NOR no se ha acreditado su participación.

DECIMOSEGUNDO.- Censura ELEC NOR el análisis de los efectos de las infracciones en el mercado que realiza la resolución sancionadora.

Destaca que la empresa entre 2006 y 2015 licitó 775 proyectos, de los cuales solo fueron analizados 141, un 18%, lo que no se ha tenido en cuenta a efectos de moderar la sanción.

A su juicio, no se puede sin más analizar la situación competitiva de una licitación frente a otra, sino que debería tenerse en cuenta un mismo proyecto en diferentes periodos temporales.

Se ha obviado las ofertas técnicas que en muchos casos tuvieron un peso superior al de la propia oferta económica, así como el hecho de que los cuadros de precios empleados por ADIF se encontraban en muchos casos obsoletos, lo que supone que la comparativa de los importes de las ofertas no permite realmente discernir el carácter competitivo o anticompetitivo de las mismas. Se omite que la CNMC empleó datos de solo 3 licitaciones en las que habrían participado únicamente empresas del presunto cartel, lo que hace dudar de la veracidad de los resultados.

También omite que ELEC NOR ganó licitaciones con bajas de hasta el 40%²¹, mientras que empresas que presuntamente no habrían participado en el cartel habrían ganado licitaciones con bajas inferiores al 10%, y que la CNMC solo habría analizado 23 licitaciones relativas a las líneas de alta velocidad en el periodo entre 2006 y 2015 de un total de 86 licitadas por ELEC NOR con lo que hay licitaciones, el 75% del total que no se han tenido en consideración en el análisis.

La resolución recurrida distingue cada una de las infracciones y así, en el cartel 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 cartel 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 cartel, 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 cartel, 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 cartel, 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 cartel, por un importe de 7.041.210,77€ y 13 lo fueron a empresas del cartel, por 12.119.539,78€, siendo los otros 6 restantes objeto de desistimiento por ADIF.

En el cartel 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 cartel, 4 de ellas fueron adjudicadas a empresas que no fueron parte del cartel por un importe total de 173.578.049€ y 14 a empresas del cartel por importe 837.836.625 euros (6 licitaciones fueron finalmente desistidas). En estas licitaciones en las que concurrieron empresas del cartel y ajenas al cartel, 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 concurrieron 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, ELEC NOR 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 Folio 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. En este sentido, censura que como entre 2006 y 2015 licitó 775 proyectos de los cuales solo fueron analizados 141, un 18%, la muestra no es representativa.

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.

Tampoco dice nada la demanda de un dato significativo, que cuando ELEC NOR ya sabía que se había iniciado la investigación el porcentaje de incremento de sus bajas fue muy superior al de ejercicios precedentes.

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, a lo que contesta ELEC NOR que esa afirmación no tiene soporte probatorio alguno.

Ello resulta cierto, pero no resulta irrazonable la conclusión a la vista de los datos objetivos de cuotas 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 competidores.

DECIMOTERCERO. - Denuncia ELEC NOR la falta de motivación y desproporción de la sanción.

Expone que la Resolución no explica el peso que corresponde a cada uno de los factores ni tiene en cuenta otros factores adicionales que conducirían a moderar los tipos sancionadores aplicados. Tampoco explica cómo se realiza el cálculo del beneficio ilícito potencial ni el factor de proporcionalidad aplicado, aun cuando son los dos elementos fundamentales del cálculo de la sanción, como se desprende de las propias Indicaciones provisionales.

Cuestiona la motivación de la sanción de 50.000 euros impuesta por la infracción relativa a los equipos electromecánicos en túneles de líneas de alta velocidad, se ignora por qué se impuso la sanción de 50.000€ ni por qué se considera proporcional cuando la propia resolución refleja que la participación de ELEC NOR en la infracción fue un 0%.

En cuanto a las líneas convencionales, expone que la resolución erró al tomar en consideración el volumen de negocios en el mercado afectado de ELEC NOR, lo que resultó en un tipo sancionador superior al que correspondería. En este sentido, la propia resolución precisa de forma clara que "la infracción se llevó a cabo en el mercado de mantenimiento de sistemas de electrificación de líneas ferroviarias de tren convencional en España" (página 300 de la Resolución). Así, ELEC NOR precisó en la respuesta al requerimiento de información que su volumen de negocios relativo a actividades de mantenimiento de sistemas de electrificación en líneas convencionales durante el período de la presunta infracción habría ascendido a 11.290.800 euros y no a 52.294.800 euros, cifra empleada en la resolución, que comprende también el volumen de negocios relativo a actividades de construcción.

Por último, procedería atenuar la sanción impuesta atendiendo a que las prácticas investigadas habrían sido conocidas y consentidas por parte de ADIF, en la línea de lo apreciado por la propia CNMC en otros expedientes similares pues ADIF había incentivado a las empresas a presentarse conjuntamente, forzando a presentar ofertas a todas las licitaciones, agrupando los proyectos en macro licitaciones y estableciendo los precios de referencia, lo que ha condicionado las conductas de las partes que ahora se sancionan y de algún modo debería conllevar una moderación de la sanción impuesta.



DECIMOCUARTO.- 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 ELECNOR, 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 ELECNOR fija el tipo sancionador total antes del ajuste de proporcionalidad aplicado a ELECNOR en un 6,3%, es decir, un poco mayor que el tipo sancionador general, lo que refleja

su mayor participación en la conducta como se observa, al compararlo con los tipos sancionadores más elevados que se impusieron a COBRA (6,7%), SEMI (6,6%) y SIEMENS (6,5%), ELECTREN (6,3%), 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 ELECNOR 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 de la duración de la conducta de ELECNOR, de mayo de 2002 a noviembre de 2016.

El tipo sancionador total aplicado fue un 6,6% igual que CYMi y menor que el de ELECTREN (7,0%), que oscila entre 6,4 y 7%, 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

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, 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). [...]».

En cuanto a la cifra de negocio de 52.294.800 euros fue la comunicada por ELECNOR al requerimiento realizado respecto de su volumen de negocio en el mercado afectado que comprende las actividades de mantenimiento y construcción.

Tampoco apreciamos razones para atenuar la responsabilidad de la actora pues en ningún caso ADIF ha propiciado conductas de reparto de licitaciones, como las sancionadas.

En todo caso, debe anularse la sanción de 50.000 euros impuesta por el cartel de elementos electromecánicos en el tren de alta velocidad.

DECIMOQUINTO. Finalmente, sostiene la actora que la resolución debe anularse en lo que respecta a la prohibición de contratar, toda vez que no solo la CNMC no permitió a ELECNOR alegar sobre la concurrencia de la prohibición y el traslado de la Resolución a la JCCPE, causándole así indefensión, sino que además la CNMC carece de cualquier potestad para declarar la concurrencia de la prohibición de contratar. Además, la aplicación de la prohibición de contratar en un supuesto como este generaría los efectos contrarios a los que pretende evitar.

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 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 ELECNOR su participación ha tenido lugar:

- Desde Mayo de 2002 a noviembre de 2016 en el cártel para el reparto de

contratos de mantenimiento de sistemas eléctricos en líneas de tren convencional.

- Desde abril de 2008 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.

Las conductas infractoras imputadas a ELECNOR continuaron después de la entrada en vigor del art. 71.1.b) de la Ley 9/2017, por lo que la prohibición de contratar resultaría aplicable desde esa fecha a ELECNOR si bien la determinación de su alcance y duración corresponde a la Junta de Contratación del Estado.

DÉCIMOSEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LJCA y dada la estimación parcial del recurso cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

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

FALLAMOS

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso interpuesto por el Procurador D. Ignacio Aguilar Fernández, en nombre y representación de **ELECNOR 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 20.350.000 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 tres infracciones únicas y continuadas consistentes en repartos de licitaciones, resolución que anulamos, únicamente en cuanto a la sanción de 50.000 euros impuesta por el cartel equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ