



Roj: **SAN 3570/2024 - ECLI:ES:AN:2024:3570**

Id Cendoj: **28079230062024100462**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **24/06/2024**

Nº de Recurso: **2621/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0002621 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 16631/2019

Demandante: MONTAJES METALICOS FAYSOL, S.A.L.

Procurador: DÑA. CAYETANA DE ZULUETA LUCHSINGER

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veinticuatro de junio de dos mil veinticuatro.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **2621/2019**, promovido por la Procuradora de los Tribunales Dña. Cayetana de Zulueta Luchsinger que actúa en nombre y en representación de la mercantil **MONTAJES METALICOS FAYSOL, S.A.L.**, contra la Resolución dictada en fecha 1 de octubre de 2019 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente S/DC/0612/17, MONTAJE Y MANTENIMIENTO INDUSTRIAL. Ha 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 esta Sala que dicte sentencia por la que *"se estime la misma en su integridad, acordado la anulación de la resolución impugnada y la sanción impuesta, todo ello con expresa condena en costas a la Administración demandada, por temeridad y mala fe"*.

SEGUNDO. El Abogado del Estado presentó escrito de contestación a la demanda en el que suplicaba se dicte sentencia por la que se acuerde la confirmación del acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO. Posteriormente quedaron las actuaciones pendientes para votación y fallo. Y se fijó para ello la audiencia del día 14 de mayo de 2024.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En el presente recurso contencioso-administrativo la entidad actora MONTAJES METALICOS FAYSOL, S.A.L. impugna la Resolución dictada en fecha 1 de octubre de 2019 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente S/DC/0612/17, MONTAJE Y MANTENIMIENTO INDUSTRIAL.

La referida resolución impone a la entidad MONTAJES METALICOS FAYSOL, S.A.L. una sanción de multa por importe de 267.229 euros luego minorada a 176.000 euros por acuerdo de rectificación de errores emitido por la CNMC en fecha 21 de noviembre de 2019. Y ello por su participación durante los meses de enero a julio de 2015, junto con otras empresas competidoras, en prácticas anticompetitivas prohibidas en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 del TFUE que, según la CNMC, obedecían a una estrategia y finalidad común consistentes en la adopción de acuerdos de fijación de precios mínimos y de reparto de licitaciones para la prestación de servicios de montaje y mantenimiento industrial, así como para la fijación de los precios de las licitaciones a través de ofertas de coberturas.

La CNMC sanciona a la mercantil MONTAJES METALICOS FAYSOL por su participación junto con otras empresas competidoras en el cártel indicando que: *"En 2015, participa en los acuerdos anticompetitivos en relación con "reparación v/v de seguridad y otros proyectos (hechos 47, 50, 57 y 65). Esta empresa no fue inspeccionada por lo que las evidencias que constan en el expediente proceden de menciones de otras empresas en las que queda acreditada su participación. El correo electrónico interno de TAMOIN pone de manifiesto que dicha empresa contaba con ofertas de cobertura proporcionadas por FAYSOL y, a su vez, TAMOIN facilitaba ofertas de cobertura a FAYSOL en correspondencia (hecho 57). En los comentarios de los documentos Excel recabados en la inspección de TMS, se incluye "Le doy el dato a FAYSOL"; respecto de una oferta a entregar en octubre de 2015 "precio dado por FAYSOL" (356.487); respecto de una oferta a entregar en enero de 2015 "Estudiará Masa o TMS. Nosotros se la ofrecemos a FAYSOL al cubrirnos en 15/03/16/1009"; respecto de una oferta a entregar en abril de 2015 "nos cubre todos y Faysol" y respecto de otra oferta a entregar en abril de 2015 "con esta oferta junto con la 15/03/43/1001 cubrimos la deuda que tenemos de la 15/03/16/1005 y también cubrimos a Faysol (71.000 Euros) (hecho 50 y folio 741). Esta Sala considera responsable a MONTAJES METALICOS FAYSOL S.A.L., por su participación entre enero y julio de 2015 en una infracción única y continuada, prohibida por los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE "*.

Conductas que se han calificado como infracción muy grave tipificada en el artículo 62.4.a) de la Ley 15/2007 constitutivas de una infracción única y continuada al considerarse que las conductas realizadas por las empresas sancionadas respondían a la ejecución de un mismo un plan y de un comportamiento común dirigido a la adopción de acuerdos para la fijación de precios mínimos y para el reparto de las licitaciones para la prestación de servicios de montaje y mantenimiento industrial así como para la fijación de los precios de estas a través de ofertas de cobertura. Y todo ello con la finalidad, según la CNMC, de distorsionar la competencia en el mercado afectado mediante la adjudicación de proyectos a los precios fijados por las empresas participantes en lugar de permitir el libre juego de la competencia entre operadores.

En relación con la entidad recurrente MONTAJES METALICOS FAYSOL, S.A.L., la CNMC refiere en la resolución sancionadora que tiene la consideración de empresa local con *"domicilio social en Palos de la Frontera (Huelva), presta servicios a nivel provincial para prefabricación de tuberías, calderería y estructuras metálicas, en distintas empresas del polo químico de Huelva"*. Y la CNMC respecto de la participación de las empresas locales en ese plan común señala en la resolución impugnada que: *"Las denominadas empresas locales también han sido partícipes y beneficiarias del cártel, aunque no participaran en las reuniones, pero sí por seguir las directrices de las que participaban y presentar ofertas de cobertura o aceptar las de las otras empresas. Su conocimiento de los*



acuerdos colusorios ilícitos se producía a través de las relaciones que mantenían con las empresas nacionales. Su actuación era complementaria, pero necesaria, respecto del plan común diseñado por el cártel, para que el reparto de proyectos y/o clientes por zonas diera lugar a la efectiva adjudicación de las empresas seleccionadas espuriamente".

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

Alega la vulneración del derecho fundamental de presunción de inocencia porque entiende que se le ha sancionado sin que exista una sola prueba que permita acreditar su participación y conocimiento del plan común acordado inicialmente por otras empresas en el año 2001. En este sentido expone que la CNMC le ha sancionado apoyándose en meras conjeturas o en hipótesis ya que las únicas referencias que afectan a Faysol son menciones que realizan terceras empresas en cuanto que ha realizado ofertas de cobertura pero no existe, ni se cita, ni se identifica de ningún modo en la resolución impugnada evidencia alguna de que hubiera algún contacto - ya sea personal, telefónico, por correo electrónico, etc.- entre representantes de FAYSOL y cualquiera de sus competidores mediante el cual se hubiera podido materializar una eventual coordinación anticompetitiva de comportamientos acordando el contenido de las ofertas de cobertura.

Además, refiere que, la CNMC no ha realizado el análisis de los efectos supuestamente anticompetitivos de la conducta imputada.

De forma subsidiaria, señala que en todo caso su conducta estaría prescrita porque debió calificarse como infracción grave.

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

Por el contrario, el Abogado del Estado interesa en su escrito de contestación a la demanda la desestimación del recurso interpuesto porque considera que la entidad recurrente ha participado en las conductas imputadas mediante su participación en las licitaciones convocadas a través de ofertas que son de mera cobertura y ello le ha permitido conocer la existencia de un plan común anticompetitivo del que formaba parte.

TERCERO. Centrado el objeto de debate debemos analizar si, como refiere la CNMC, las empresas sancionadas -entre ellas, la recurrente- han actuado de forma concertada realizando practicas colusorias constitutivas de una infracción única y continuada consistentes en la adopción de acuerdos para la fijación de precios mínimos y para el reparto de las licitaciones convocadas en el sector de la prestación de los servicios de montaje y mantenimiento industrial, en particular, en los sectores petroquímico y energético. Conductas anticompetitivas que, según la CNMC, se han desarrollado desde enero de 2001 hasta julio de 2017 y que han permitido a las empresas formular su estrategia comercial sobre la base del conocimiento de la estrategia del resto de las empresas.

En la resolución sancionadora se describe el mecanismo de actuación de las empresas competidoras que han sido sancionadas que implicaron la adopción de acuerdos anticompetitivos mediante la fijación de precios y el reparto de las licitaciones convocadas para la prestación de los servicios de montaje y mantenimiento industrial.

Acuerdos que se adoptaron en las diversas reuniones que se celebraron entre las empresas competidoras. Así, en las reuniones iniciales celebradas en los años 2001 y 2003 se fijaron las normas de funcionamiento que fueron empleadas durante todo el periodo de actuación colusoria. Concretamente, en la primera reunión celebrada en fecha 18 de enero de 2001 las empresas asistentes acordaron subir el precio hora de administración y se reconoció que, en caso de posibles enfrentamientos o desacuerdos, éstos serían resueltos en el seno del grupo de empresas presentes. En la segunda reunión celebrada en fecha 12 de marzo de 2001 se fijaron (i) precios mínimos a pagar al personal y porcentajes de incremento en función de determinadas zonas; (ii) se acordó que los asistentes a las reuniones debían ser representantes de las empresas que pudieran facilitar información de su empresa y tener la capacidad de comprometerse a cumplir los acuerdos adoptados; (iii) se nombró a un coordinador y un sustituto de las reuniones por turnos rotatorios; (iv) se estableció una periodicidad de dos o tres meses para realizar un seguimiento de los acuerdos que se iban adoptando y (v) se fijaron los criterios para incorporar nuevas empresas a las reuniones tales como que debían operar a nivel nacional o en varias plazas y que una de las empresas participantes presentara la candidatura al resto.

Asimismo, desde la tercera a la quinta reunión -celebradas en fechas 21 de mayo, 25 de septiembre y 11 de noviembre de 2001- se adoptaron acuerdos sobre el precio mínimo de la mano de obra y de administración



por zonas; sobre el mantenimiento de precios de los trabajos de mantenimiento y montaje; sobre la no aceptación de contratos que obligaran a la subrogación en paradas, y sobre el respeto de las empresas que venían prestando los servicios en la asignación de clientes. Además, se acordó establecer un listado de las prestaciones (seguridad, calidad, servicios, garantías) que sirviera para justificar ante los clientes el precio más alto de las empresas partícipes en los acuerdos respecto de las que no lo eran.

En la sexta reunión celebrada en fecha 12 de febrero de 2002 se reitera el objetivo de mantener precios mínimos, se apuesta por elaborar los documentos diferenciadores de ofertas y se nombra por primera vez a los coordinadores por zonas con empresas locales.

Entre la séptima y la novena reunión celebradas en fechas 3 de julio de 2002, 13 de enero y 4 de junio de 2003, se acordaron precios diferenciados por zonas, el proyecto "mantenimiento bioetanol Galicia" y la indexación de los precios acordados con el IPC.

Las reuniones continuaron a partir del año 2007. Y se convocaron para acordar repartos particularmente complejos o extensos, como distintos trabajos de mantenimiento de un mismo cliente. También coinciden con la celebración de reuniones del grupo de montajes en el ámbito de ADEMI. Los acuerdos incluyen fijación de precios, realización de ofertas de cobertura, compensaciones de las empresas adjudicatarias a las que no lo fueran y reparto de sobrecostes. Las compensaciones o bien se establecían mediante un porcentaje variable sobre el precio de adjudicación a las empresas que presentaban ofertas de cobertura o bien con la asignación de otro proyecto.

Además, entre 2007 y 2010, se celebraron diferentes reuniones centradas en acordar repartos de licitaciones de REPSOL, aunque también se han acreditado ofertas de cobertura en licitaciones de otros clientes como ENDESA o CLH. Las empresas comienzan a intercambiarse versiones, que iban rellenando cada una, de archivos Excel con los precios y las ofertas de cobertura. Los propios Excel también evolucionan e incluso se van estableciendo códigos propios, como números o siglas para las empresas participantes, indicando con un "sí" o con un "no", si las empresas participaban en una licitación concreta.

A medida que los trabajos eran adjudicados, el Excel se actualizaba con la información relativa a las empresas licitadoras y las empresas finalmente adjudicatarias. Así, la última versión del documento contenía la siguiente información:

- Empresas designadas para adjudicarse el proyecto, a las que se identificaba con la expresión "ok";
- Empresas que no alcanzaban un acuerdo respecto de una concreta licitación, normalmente por existir varias empresas particularmente interesadas en adjudicarse un determinado contrato y en estos casos se indicaba el término "libre";
- Empresas que participaban en la licitación pero que no formaban parte del acuerdo, a las que se identificaba con un tic ()
- Empresas que resultaban finalmente adjudicatarias, fueran o no partícipes de los acuerdos, a las que se identificaba con la expresión "adj".

En la ejecución del plan común, la resolución sancionadora señala una forma de actuación era a través de la presentación de ofertas de cobertura. Y sobre este aspecto la CNMC refiere que: *"El principal instrumento utilizado para materializar los acuerdos ha sido la realización de ofertas de cobertura, una variante de manipulación de ofertas frecuente en supuestos de colusión en licitaciones. Mediante ellas, los supuestos competidores, una vez designado el ganador para cada contrato previsto, presentan ofertas deliberadamente por encima de un determinado importe acordado y/o con condiciones peores. Se genera así la falsa apariencia de que existe competencia ya que la oferta del adjudicatario es la más competitiva, pero lo es por la concertación previa entre los oferentes. Se ha acreditado que las ofertas de cobertura se presentaban en muchos casos a cambio de compensaciones sobre la misma licitación o para ser el adjudicatario de otras futuras"*.

Esta Sala, al igual que la CNMC, considera que el comportamiento anteriormente descrito evidencia una actuación concertada contraria a la competencia que perseguía una estrategia común de actuación en las licitaciones tendentes al reparto en el sector de la prestación de servicios de montajes y mantenimiento industrial.

En definitiva, esta Sala entiende que esas conductas suponían la ejecución de un plan global de actuación tendente al reparto del mercado entre las empresas que ha implicado un comportamiento común y reiterado en el tiempo consistente en la repetición de alianzas entre el grupo de empresas sancionadas con el objeto de colaborar y de participar de forma conjunta y anticompetitiva en las licitaciones convocadas para la prestación de servicios de montaje y mantenimiento industrial. Comportamientos que constituyen conductas colusorias



prohibidas en el artículo 1.1. de la LDC en cuanto que dicho precepto prohíbe acuerdos que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia lo que permite su calificación como infracción por el objeto en la medida en que por su naturaleza podían impedir, restringir o falsear la competencia toda vez que, atendiendo al contenido de los acuerdos, a los objetivos que pretendían alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se adoptaron poseían un grado de nocividad suficiente como para poder considerarse una restricción de la competencia "por el objeto" en el sentido del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE.

CUARTO. Como ya hemos indicado, la CNMC ha sancionado a la mercantil recurrente, MONTAJES METALICOS FAYSOL, S.A.L., por su participación en el cártel para el reparto de licitaciones convocadas para la prestación de los servicios de montaje y mantenimiento industrial desde enero a julio de 2015 mediante la presentación de ofertas de cobertura.

Por el contrario, la recurrente considera que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia porque no existe prueba que acredite que ha tenido conocimiento del plan común anticompetitivo sancionado por la CNMC.

Una vez que esta Sala ha constatado que los comportamientos realizados por las empresas sancionadas son anticompetitivos, debemos ahora analizar si existe prueba que permita concluir que efectivamente la mercantil recurrente sancionada conocía o podía conocer que con su participación en las licitaciones a través de las ofertas calificadas como de cobertura, como así refiere la CNMC, implicaba su participación y conocimiento de las estrategias que formaban parte del plan común relatado que, al igual que la CNMC, hemos entendido que es anticompetitivo con el que se limitaba artificialmente la competencia entre las empresas.

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

Concretamente, en la resolución sancionadora se justifica la imputación efectuada a la mercantil FAYSOL indicando que: *"En 2015, participa en los acuerdos anticompetitivos en relación con "reparación v/v de seguridad y otros proyectos (hechos 47, 50, 57 y 65). Esta empresa no fue inspeccionada por lo que las evidencias que constan en el expediente proceden de menciones de otras empresas en las que queda acreditada su participación. El correo electrónico interno de TAMOIN pone de manifiesto que dicha empresa contaba con ofertas de cobertura proporcionadas por FAYSOL y, a su vez, TAMOIN facilitaba ofertas de cobertura a FAYSOL en correspondencia (hecho 57). En los comentarios de los documentos Excel recabados en la inspección de TMS, se incluye "Le doy el dato a FAYSOL"; respecto de una oferta a entregar en octubre de 2015 "precio dado por FAYSOL" (356.487); respecto de una oferta a entregar en enero de 2015 "Estudiará Masa o TMS. Nosotros se la ofrecemos a FAYSOL al cubrirnos en 15/03/16/1009"; respecto de una oferta a entregar en abril de 2015 "nos cubre todos y Faysol" y respecto de otra oferta a entregar en abril de 2015 "con esta oferta junto con la 15/03/43/1001 cubrimos la deuda que tenemos de la 15/03/16/1005 y también cubrimos a Faysol (71.000 Euros) (hecho 50 y folio 741). Esta Sala considera responsable a MONTAJES METALICOS FAYSOL S.A.L., por su participación entre enero y julio de 2015 en una infracción única y continuada, prohibida por los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE"*.

Por tanto, la CNMC apoya la imputación a la recurrente por su participación en el plan común durante el periodo de enero a julio de 2015 mediante la presentación de ofertas en algunas licitaciones que se han calificado



como ofertas de cobertura lo cual le permitía conocer el plan común sancionado en cuanto que respondía al mecanismo de actuación.

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

En este caso, la CNMC ha considerado responsable a la mercantil FAYSOL porque en el periodo imputado había participado en las licitaciones convocadas aportando ofertas que se calificaron como de cobertura que implicaba una forma de actuación en el plan común.

Sin embargo, esta Sala anticipa que la CNMC no ha aportado prueba válida ni prueba suficiente que permita llevar al convencimiento de que las ofertas presentadas por la recurrente eran efectivamente ofertas de mera cobertura integrantes de la forma de actuación común de todas las empresas participantes. En este sentido, entendemos que no constituye prueba válida a los efectos examinados que la CNMC se remita a los "comentarios" recogidos en los documentos Excel recabados en la inspección a la empresa TMS y ello porque en el hecho 65 de los hechos probados de la resolución sancionadora al que se remite la CNMC al referir la culpabilidad de la recurrente afecta a proyectos realizados entre octubre de 2015 y junio de 2016 mientras que la responsabilidad que afecta a FAYSOL lo ha sido por los meses de enero a julio de 2015, anteriores a ese hecho que la CNMC ha tenido en cuenta en la imputación de FAYSOL para calificar como ofertas de cobertura su participación en algunas licitaciones.

Por otra parte, no consideramos prueba suficiente la que ha tenido en cuenta la CNMC para exigir responsabilidad a la recurrente en relación con la oferta presentada en el proyecto convocado en enero de 2015 "reparación v/v seguridad" -hecho 47 de la resolución sancionadora- ya que su calificación por la CNMC como mera oferta de cobertura se ha basado en menciones efectuadas por terceras empresas en correos electrónicos tales como *"te recuerdo que hay que mandar oferta a Faysol..."*; idénticas conclusiones obtenemos en relación con la participación de la recurrente en proyectos de CEPSA -hecho 57- cuando la CNMC concluye que esa participación fue a través de una oferta de mera cobertura apoyándose exclusivamente en la mención efectuada por un tercero tal como *"si podéis hablar con Faysol para que no baje..."*.

Por tanto, en este caso, las únicas pruebas de cargo respecto de la recurrente son meras menciones efectuadas por terceros en correos electrónicos sin que se tenga constancia de que la recurrente tuviera conocimiento de esos correos, así como de su contenido.

Esta Sección ya se ha pronunciado en otras ocasiones en relación con el valor probatorio que debe reconocerse a las menciones recogidas en relación con una empresa sancionada en correos internos de terceros o a las referencias efectuadas por terceros. Sobre esta cuestión hemos declarado que el Tribunal Constitucional ha señalado que la prueba testifical de referencia puede constituir un medio de prueba, pero no puede sustituir o desplazar la prueba testifical directa, salvo en casos de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo (Sentencia TC 161/2016, de 3 de octubre y las que en ella se citan).

Por otro lado, el Tribunal Supremo define la prueba testifical de referencia como *"una fuente mediata de posible conocimiento, que declara, no sobre el hecho procesalmente relevante, sino sobre la versión del mismo que alguien podría haberle suministrado, de manera que, primero, solo cabría acudir a la testifical de referencia cuando no sea posible escuchar al testigo directo, segundo, se trata de una prueba que carece por sí sola de aptitud para destruir la presunción de inocencia"*, doctrina recogida en la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2012, rec. 10218/2012.

Esta doctrina, propia del proceso penal es plenamente trasladable a un procedimiento administrativo sancionador como el que nos ocupa.



Con independencia de que no consta la declaración de los testigos directos, como son los remitentes y destinatarios de los correos, de especial valor para explicar el origen, contenido y alcance de la información que reflejan los correos para poder afirmar que describen acuerdos de reparto, no obstante, los citados correos hubieran podido tener valor incriminatorio si su contenido apareciera corroborado por otros datos objetivos coincidentes con lo que en aquellos se declara. Sin embargo, en el caso analizado no existen más pruebas que las menciones de FAYSOL efectuadas por terceros en correos internos de TAMOIN. Por ello entendemos que esas pruebas son absolutamente insuficientes para poder tener por acreditado el hecho que se imputa a FAYSOL que suponía su participación y su conocimiento del plan común anticompetitivo mediante la presentación de ofertas que la CNMC calificó como ofertas de cobertura.

En los casos como el que ahora analizamos en el que no consta que la recurrente asistiera a ninguna reunión con las otras empresas, ni tampoco consta que hubiera recibido ni emitido un solo correo electrónico de las otras empresas, entendemos que la CNMC debería ser más exigente en cuanto a la motivación de porque efectivamente la presentación de algunas ofertas permiten su calificación como ofertas de cobertura que encaja en el mecanismo de actuación del plan común llevado a cabo por las empresas competidoras. Y ello porque en el ámbito sancionador la incriminación se debe poner de manifiesto con pruebas precisas y concordantes para asentar la firme convicción de que la infracción tuvo lugar (sentencias del TJUE 31 de marzo de 1993, AltrrosOsakeyio y otros, C-89- 5, c-114/85, C- 116/85, C- 117/85, y C- 125/85 a C-129/85, REC. P1-1307, apartado 127, del Tribunal General de 6 de julio de 2000, Volkswagen Comisión T 62/98, Rec. p 1-2707, apartados 43 y 72, entre otras).

Todo ello nos lleva a concluir que la CNMC no ha aportado prueba de cargo suficiente respecto de FAYSOL que permita concluir que conocía la existencia del plan anticompetitivo y, por tanto, debemos estimar el presente recurso contencioso-administrativo acordando la nulidad de la resolución sancionadora impugnada en lo que afecta a la recurrente sin que sea necesario el análisis del resto de las cuestiones planteadas en el escrito de demanda.

QUINTO. La estimación del recurso implica que se impongán a la Administración demandada las costas procesales causadas en esta instancia de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LJCA.

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

FALLAMOS

ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo nº **2621/2019**, promovido por la Procuradora de los Tribunales Dña. Cayetana de Zulueta Luchsinger que actúa en nombre y en representación de la mercantil MONTAJES METALICOS FAYSOL, S.A.L., contra la Resolución dictada en fecha 1 de octubre de 2019 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente S/ DC/0612/17, MONTAJE Y MANTENIMIENTO INDUSTRIAL que le impuso una sanción de multa por importe de 267.229 euros luego minorada a 176.000 euros por acuerdo de rectificación de errores emitido por la CNMC en fecha 21 de noviembre de 2019. Resolución que ahora anulamos porque entendemos que no es conforme con el ordenamiento jurídico en todo aquello que afecta a la mercantil recurrente.

Se imponen a la Administración demandada las costas procesales causadas en esta instancia.

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

Así, lo mandamos, pronunciamos y firmamos.