



Roj: **SAN 3572/2024 - ECLI:ES:AN:2024:3572**

Id Cendoj: **28079230062024100464**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **24/06/2024**

Nº de Recurso: **2642/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0002642/2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 16734/2019

Demandante: ATRIAN TECHNICAL SERVICES, S.A.U

Procurador: DON ALBERTO HIDALGO MARTÍNEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: GRUPO NAVEC SERVICIOS INDUSTRIALES, S.L

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

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 veinticuatro de junio de dos mil veinticuatro.

Se ha visto ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número **2642/2019**, el recurso contencioso-administrativo formulado por **ATRIAN TECHNICAL SERVICES, S.A.U.** representada por el procurador don Alberto Hidalgo Martínez contra el acuerdo de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 1 de octubre de 2019, expediente sancionador S/DC/0612/17 MONTAJE Y MANTENIMIENTO INDUSTRIAL.

Ha sido parte la Administración General del Estado defendida por el abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por la actora se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado en los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante decreto, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Se formalizó la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando « [P]rimero. Declare la nulidad de la resolución del Consejo de la CNMC de 1 de octubre de 2019 en su integridad.

Segundo. Con carácter subsidiario respecto de la pretensión anterior:

i. Declare la nulidad de los apartados primero y segundo de la parte dispositiva de dicha resolución en lo referente a la atribución de responsabilidad a Atrian por la infracción del artículo 1 de la LDC .

ii. Declare la nulidad de la parte dispositiva de dicha resolución en lo que se refiere a la imposición a Atrian de una prohibición de contratar con el sector público.

Tercero. Condene a la CNMC a publicar la sentencia anulatoria de la Resolución Impugnada por medios equivalentes a los medios empleados en la publicación de esta resolución, y en concreto en el apartado web de la propia CNMC dedicado al expediente S/DC/0612/17 Montaje y mantenimiento industrial, así como en nota de prensa. [...]».

TERCERO.- El abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, pide la desestimación del recurso.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba, tras el trámite de conclusiones, quedó pendiente de señalamiento para votación y fallo.

QUINTO.- Se señaló para votación y fallo, el día 14 de mayo del año en curso, fecha en que tuvo lugar

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. don Santos Gandarillas Martos, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo formulado por ATRIAN TECHNICAL SERVICES, S.A.U. (en adelante ATRIAN) contra el acuerdo de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 1 de octubre de 2019, expediente sancionador S/DC/0612/17 MONTAJE Y MANTENIMIENTO INDUSTRIAL, en la que se acordaba « [P]rimero. Declarar acreditada una infracción muy grave del artículo 1 de la Ley16/1989 , del artículo 1 de la Ley 15/2007 , y del artículo 101 del TFUE , constitutiva de cártel, consistente en acuerdos de fijación de precios mínimos y reparto de licitaciones para la prestación de servicios de montaje y mantenimiento industrial y la fijación de los precios de estas a través de ofertas de cobertura en los términos previstos en el fundamento de derecho tercero.

Segundo. Declarar responsables de dichas infracciones a las siguientes empresas en los términos

(...)

2. ATRIAN TECHNICAL SERVICES, S.A. y solidariamente su matriz BARRANCO DEL REY, S.L.

(...)

Tercero. De conformidad con la responsabilidad de cada empresa en las infracciones a las que se refiere el resuelve anterior, procede imponer las siguientes sanciones:

(...)

2. ATRIAN TECHNICAL SERVICES, S.A.: 914.000 euros. [...]».

El procedimiento de sancionador concluye con una sola resolución en la que se sancionó a varias empresas por conductas atribuida a tres cárteles distintos, y también a varios de sus directivos. Esta forma de proceder que, si bien puede dar una visión de conjunto sobre el origen de la investigación por las posibles prácticas anticompetitivas, no facilita la discriminación de las conductas de cada uno de los implicados, ni el adecuado manejo del acuerdo sancionador a la hora llevar a cabo la tarea de revisión jurisdiccional que nos ha sido encomendada.

La recurrente fue sancionada por su participación en una infracción única y continuada constitutiva de cártel, proscrita por los artículos 1 de la LDC y 101, consistente en acuerdos de fijación de precios mínimos y reparto de licitaciones para la prestación de servicios de montaje y mantenimiento industrial y la fijación de los precios



de estas a través de ofertas de cobertura en los términos previstos en el fundamento de derecho tercero, desde enero de 2001 hasta julio de 2017. No obstante, la duración de la infracción única y continuada imputada a la actora se limita temporalmente entre mayo y julio de 2017.

Para la correcta comprensión del debate, es necesario poner de manifiesto de terminado externos que se desprenden del expediente administrativo y que pasaremos a detallar:

1.- El 12 de mayo de 2017 GRUPO NAVEC SERVICIOS INDUSTRIALES, S.L. (NAVEC) presentó ante la CNMC una solicitud de exención del pago de la multa a los efectos del artículo 65 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) respecto de la sanción que pudiera imponerse por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989), del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE.

2.- A la vista de la información recibida y de conformidad con el artículo 49.2 de la LDC, la Dirección de Competencia (DC) inició una información reservada con el fin de determinar la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación, en su caso, de un expediente sancionador.

3.- El 3 de julio de 2017 la DC concedió la exención condicional a NAVEC, en virtud del artículo 65.1.a) de la LDC.

4.- El 23 de junio de 2017 se dictó por la DC una Orden de Investigación que amparaba la realización de inspecciones domiciliarias. Se llevaron a cabo los días 4, 5 y 6 de julio de 2017 en varias empresas del cártel (no a las demandantes).

5.- La DC realizó requerimientos de información a las distintas empresas, y en lo que atañe a las demandantes tuvo lugar el 13 de febrero de 2018.

6.- El 7 de marzo de 2018 se acordó la incoación del expediente sancionador.

7.- El 25 de enero de 2019 se dictó el pliego de concreción de hechos (PCH), al que presentó alegaciones la actora.

9.- El 13 de mayo de 2019 se acordó la propuesta de resolución del procedimiento (PR) al que también se presentaron alegaciones el 5 de junio de 2019.

10.- El 1 de julio de 2019 se acordó la remisión de información a la Comisión Europea con suspensión del procedimiento.

11.- El 13 de septiembre de 2019 la Sala de Competencia adoptó un acuerdo por el que se requirió a las empresas incoadas que aportaran el volumen de negocio total en el año 2018.

12.- La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, en su reunión de en su reunión de 1 de octubre de 2019 dictó la resolución objeto del presente recurso.

SEGUNDO.- La actora solicita la anulación de la resolución impugnada y para ello invoca varios motivos, tras una sucinta exposición de los hechos en los que considera, en primer lugar que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia de como consecuencia de la falta de prueba de su participación en los acuerdos de reparto de licitaciones de CLH en mayo de 2017. Se sustente la carga probatoria en un correo electrónico remitido por el representante de MILLECASA a los representantes de IMASA, BOLEA, SACYR NERVIÓN, TMS, GRUPO LR, PREMONOR Y MEISA, en el que ATRIAN no figura ni siquiera como destinatario. Afirma desconocer su contenido. En segundo término, niega que estemos ante una infracción única y continuada porque no se dan ninguno de los requisitos exigidos jurisprudencialmente, y entre otras razones porque no consta la intención de la actora de participar en un plan común. Tampoco consta que conociese los comportamientos infractores de las demás partícipes. En tercer lugar, cuestiona la motivación de la sanción impuesta tanto respecto de la aplicación de los criterios de graduación como en cuanto a su proporcionalidad. Afirma que no se refleja en la resolución Impugnada la información mínima necesaria para que esta parte esté en disposición de entender y verificar cómo la CNMC, teniendo en cuenta las consideraciones realizadas en relación con los criterios del artículo 64.1 de la LDC, ha llegado al convencimiento de que el tipo sancionador general del que debe partir el cálculo del tipo sancionador individual es, como mínimo, del 4,8%, y de que no cabe aplicarle a esta parte un ajuste de proporcionalidad. Mediante un acuerdo de rectificación de errores, la CNMC estableció que la duración temporal de la supuesta participación de ATRIAN en las conductas fue de mayo de 2017 a julio de 2017, que su volumen de negocios en el mercado afectado fue de 3.004.714 euros, y que su participación en el VNMA total de la infracción fue de un 0,0%. La toma en consideración de los anteriores elementos lleva, de alguna manera (que esta parte ya ha denunciado que desconoce), a la imposición de una sanción de 190.000 euros. No entiende como un porcentaje de participación en la infracción del 0,0% como el que se atribuye a la actora, puede dar lugar a un porcentaje sancionador del 4,8% y, acto seguido, a una sanción de 190.000 euros.



El abogado del Estado solicita la desestimación del recurso reiterando, en parte, las razones que se recogen en el acuerdo sancionador.

TERCERO.- El escrito de demanda se centra, esencialmente, en la falta de motivación y de elementos facticos suficientes para poder imputar a ATRIAN la participación en una infracción única y continuada, lo que nos exige valorar los extremos en los que acuerdo justifica la imputación de la conducta a las recurrentes.

La propia resolución anuda la responsabilidad a ciertos hechos que considera probados. Solo nos podemos mover en el contexto de esa realidad fáctica para analizar la participación y la responsabilidad de las empresas sancionadas. Como hemos dicho en nuestra sentencia de 9 de julio de 2020, recurso 302/2016, «*[N]uestra labor no es completar ni suplir lo que la Administración pudo o debió hacer, sino revisar la resolución sancionadora y comprobar si en ella se encuentran los elementos de juicio suficientes, y si la Administración ha sido capaz de valorarlos de manera adecuada al ejercicio de la potestad desplegada para poder confirmar o anular la sanción impuesta.*

Y para que podamos identificar las conductas incriminatorias con el rigor que debiera caracterizar un procedimiento de esta naturaleza debemos centrarnos en el acuerdo sancionador. Debe ser esta resolución un documento completo que permita sin mayores dificultades comprender y examinar cuál es la participación del sancionado, cuáles han sido los elementos probatorios en los que se sustenta, el razonamiento en torno a la responsabilidad que se imputa anudando la acción o la omisión a un concreto tipo infractor. [...]».

Por lo tanto, en la tarea de revisión del acuerdo sancionador que nos corresponde, debemos ceñirnos al cotejo de la remisión que hace la motivación de participación, con el correlativo hecho de referencia para poder valorar la trascendencia de la conducta o comportamiento descrito de cara a la comisión de la infracción imputada.

En el apartado en el que valora «La responsabilidad individual de las empresas», para justificar o motiva la participación de ATRIAN dice «*[A]TRIAN aparece en una plantilla vacía de un correo interno de IMASA en 2014 (hecho 44). Sin embargo, no hay evidencia suficiente de que participara en un acuerdo para presentar una oferta de cobertura. Por ello, se considera que su conducta en mayo de 2014 no está acreditada. ATRIAN participó en los repartos de las licitaciones de CLH en 2017 (hecho 75). Figuran los precios en ese reparto para el mantenimiento mecánico de la llamada zona 4, aunque no aparezca entre los destinatarios de los correos intercambiados. Sin embargo, del correo de 24 de mayo de 2017 se concluye que el resto de empresas estaba a la espera de los precios a ofertar por ATRIAN.*

Por ello esta Sala considera a ATRIAN responsable de la infracción única y continuada, constitutiva de cártel, prohibida por los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE entre mayo y julio de 2017.

ATRIAN se encuadra dentro de las consideradas empresas locales, aunque, como prueba su participación en el reparto de CLH, esto no le impidió participar en uno de los acuerdos de reparto más sofisticados. [...]».

Correlativamente con los hechos a los que se refiere el razonamiento de sobre la concreta participación de la actora, el punto 44 del apartado de «Hechos acreditados» describía que «*[Existe acreditación de contactos bilaterales entre empresas para ejecutar los acuerdos al tener intereses coincidentes sobre clientes o proyectos (...). En mayo de 2014, IMASA y TAMOIN contactan con una empresa local, ATRIAN, en relación con el proyecto "E2013/0171 Reparaciones en rack con influencia en Torres de Refrigeración entre etilenos" (folios 6.966 a 6.968).concretos. [...]*». En apartado 75 apunta que «*[Con motivo de la licitación para el mantenimiento de los tanques de CLH convocada en abril 2017, se realizó el reparto tomando como base la licitación de 2014. El Director General de MILLECASA envió un correo electrónico el 4 de mayo de 2017 a IMASA con copia al Director General Industrial de IMASA en el que informaba de que la situación en 2014 "habría que revisarla". La razón es que CLH había dividido en 10 zonas los hasta entonces cuatro CPMs, así como sus correspondientes zonas aeroportuarias y estaciones de bombeo, para esta licitación de 2017 (folios 4.748 a 4.750, 7.894 y 7.895): (...). En mayo de 2017 se celebró la última reunión acreditada (folio 7.898). (...). El Pliego de Condiciones Técnicas de CLH establecía que no se pueden tener más de tres zonas por empresa. La reunión se centró en el reparto de dichas zonas (folio 4.751).*

Puesto que varios de los participantes en dicha reunión tuvieron que irse antes de que finalizara, el 12 de mayo de 2017 el Director General de MILLECASA envió un correo electrónico (reproducido) al Director General de MEISA, al Director General de TMS, al Director Montajes de BOLEA, al Director General Industrial de IMASA y a PREMONOR, con indicación de que se informara también a BARBADUN, en el que señala que todavía no había acuerdo respecto del reparto de las zonas y explicaba cuál era la situación en ese momento, teniendo en cuenta las rondas previas de preferencias. Contemplaba varios escenarios y evidenciaba la participación en el reparto de TMS, MILLECASA, MEISA, BOLEA, PREMONOR, IMASA, BARBADUN, ATRIAN, HC y SACYR NERVIÓN (folio 7.898): (...). Tras este correo electrónico, se suceden intercambios de precios mediante correos electrónicos de 23 y 24 de mayo de 2017 entre BOLEA, IMASA, MILLECASA, TMS, BARBADUN, PREMONOR, MEISA y SACYR NERVIÓN.



La empresa local, ATRIAN, también participa en el reparto. Diferencian entre mantenimiento mecánico de instalaciones de almacenamiento 2017 y mantenimiento de tanques. Adjuntan una tabla con los precios que se van actualizando a medida que las empresas los aportan (folios 7.904, 7.906 y 7.909 a 7.918): "(...) Adjunto las tablas comparativas de precios actualizadas. Faltan los precios de Mto. Mecánico de Meisa y Atrian". (...) Finalmente, el mismo 24 de mayo de 2017, IMASA remitió otro correo electrónico a SACYR NERVIÓN, al Director General de MILLECASA, al Director General de TMS, a BOLEA, a BARBADUN, a PREMONOR, al Director General Industrial de IMASA y al Director General de MEISA en el que adjuntaba "cuadro final con los precios de los ganadores a cubrir a partir de 5%". En la pestaña denominada "CUADROS PRECIOS POR ZONA", hay un cuadro con el título "MTO. MECÁNICO INSTALACIONES ALMACENAMIENTO 2017" en el que se diferencian diez zonas. A BARBADUN se le asigna la zona 10, a IMASA la zona 9, a MILLECASA las zonas 2 y 3, a PREMONOR la zona 8, a TMS la zona 7, a ATRIAN la zona 4, a MEISA la zona 6 y a BOLEA las zonas 1 y 5. [...]».

CUARTO.- El presente caso y como advierte el escrito de demanda, la mención a ATRIAN solo aparece reflejada en correos de terceros y entre terceros que ni tan siquiera fueron remitidos a la actora. Tampoco consta que ATRIAN tuviera conocimiento de su contenido.

Como hemos tenido ocasión de decir entre otras en nuestras SsAN de 15 de diciembre de 2020, recurso 522/2016; y 18 de diciembre de 2020, recurso 452/2018, donde analizábamos situaciones como la que ahora nos ocupa, esta realidad fáctica y probatoria no conecta con el resultado de una prueba indiciaria que nos permita intuir la participación de la actora en el cártel. En la prueba indiciaria se parte de un hecho conocido y cierto del que a través de un razonado proceso de análisis deductivo se concluye la existencia de otro desconocido, hasta ese momento, pero también cierto y veraz, donde se culmina y manifiesta la conducta infractora.

Este proceso debe estar trabado con la suficiente fuerza persuasiva que lleve, sin dudas, a la convicción de quien juzga que los hechos se han producido tal y como se describen, de manera que sea posible establecer una directa relación entre estos y las consecuencias punitivas que se anudan, descartando cualquier otra explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que ha llegado.

En definitiva, para que la prueba de presunciones supere la barrera de la presunción de inocencia, se requiere que los indicios no se sustenten en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre el hecho base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano.

No olvidemos que el TJUE ha exigido que la incriminación se ponga de manifiesto con pruebas precisas y concordantes, para asentar la firme convicción de que la infracción tuvo lugar (véanse en ese sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1993, Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85, Rec. p. I-1307, apartado 127; del Tribunal General de 6 de julio de 2000, Volkswagen/Comisión, T-62/98, Rec. p. I-2707, apartados 43 y 72).

En el presente litigio no tenemos constancia de que, respecto a ese tercero y en relación a la actora, los hechos a los que se refiere ocurrieran o tuvieran lugar en esos términos y con esa finalidad.

Lo que otros digan de un tercero podría ser válido como indicio para llevar a cabo una investigación, pero necesita de otros elementos que justifiquen, cuanto menos, que lo dicho o hablado entre ellos respecto del tercero resulta cierto o verosímil. En todo caso, debe ser confirmado por otros extremos que revelen, sin dudas, su participación o conocimiento de la infracción. El rumor debe estar confirmado por otras actuaciones y debidamente expuesto en el proceso de motivación a la hora de imponer la sanción.

En este tipo de correo, donde lo único cierto es la cita de un tercero, no se puede construir una prueba de cargo por indicios con las mínimas garantías para imputar una infracción como la que es objeto de revisión en el presente recurso, si no va confirmado por otros extremos donde se ponga de manifiesto la directa o efectiva participación de la sancionada. Podría tener relevancia incriminatoria el contenido de estos correos, si quien sancionó hubiera establecido su conexión con otras pruebas en las que pudiera sustentarse la culpabilidad.

En definitiva, solo podemos concluir que la prueba sobre la que descansa la imposición de la sanción no despeja toda duda sobre la participación de la actora en el cártel, ni permite imputarle las prácticas anticompetitivas en el periodo por el que se la sanciona.

QUINTO.- Los anteriores razonamientos nos conducen a la estimación del recurso dejando sin efecto la sanción impuesta. Por este motivo, resulta irrelevante que nos pronunciemos sobre el resto de los motivos invocados en el escrito de demanda, y concretamente en lo que se refiere a la motivación de la sanción.

SEXTO.- La total estimación del recurso implica que debe ser la Administración demandada la que soporte las costas causadas en esta instancia, de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la LJCA.

**FALLO**

Que debemos estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **ATRIAN TECHNICAL SERVICES, S.A.U.** contra el acuerdo de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 1 de octubre de 2019, expediente sancionador S/DC/0612/17 MONTAJE Y MANTENIMIENTO INDUSTRIAL; anulando la resolución impugnada en los términos expresados en esta sentencia, con expresa condena en costas a la Administración demandada.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y contra la que cabe recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el día siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDO