



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

(Expte. R/AJ/124/15, KAPSCH)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 25 de febrero de 2016

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/AJ/124/15, KAPSCH por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por KAPSCH CARRIERCOM, S.L.U. (KAPSCH) contra la denegación de medidas cautelares acordada por el Director de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia el 19 de noviembre de 2015 en el marco del acuerdo de incoación del expediente sancionador S/DC/0557/15 contra NOKIA SOLUTIONS AND NETWORKS SPAIN, S.L. (NOKIA) de dicha fecha.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 25 de julio de 2014 se publicó en el Boletín Oficial del Estado (BOE) la Resolución de la Entidad Pública Empresarial Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) por la que se anunciaba la licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios de mantenimiento y renovación de las instalaciones de,

entre otras, telecomunicaciones móviles GSM-R y sistemas centrales del CORE de Red GSM-R en determinadas líneas o tramos de líneas de alta velocidad (Madrid-Valladolid, Olmedo-Medina, Madrid-Sevilla, Toledo-La Sagra, Córdoba-Málaga, Madrid-Valencia y bifurcación Albacete, Madrid-Barcelona, Zaragoza-Huesca, Tarragona-Vandellós, Barcelona-Figueras). En dichas líneas o tramos de líneas la tecnología de telecomunicaciones móviles GSM-R era de la empresa NOKIA, excepto en la línea Barcelona-Figueras, en la que era de KAPSCH.

2. El 19 de diciembre de 2014 ADIF adjudicó el contrato al único licitador presentado, esto es, la UTE formada por NOKIA, SIEMENS y THALES, en la que NOKIA tenía una participación por encima del 50%. Dicho contrato entró en vigor el 1 de marzo de 2015.
3. Con fecha 19 de mayo de 2015 se recibió en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de denuncia de KAPSCH contra NOKIA por supuestas conductas prohibidas por los artículos 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en el marco de la licitación citada en el primer antecedente de hecho. Asimismo, solicitó la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión temporal de la resolución de adjudicación de 19 de diciembre de 2014 a favor de NOKIA.
4. A la vista de dicha denuncia, la Dirección de Competencia (DC) acordó llevar a cabo una información reservada bajo la referencia S/DC/0557/15, con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación del expediente sancionador, de conformidad con lo establecido en el artículo 49.2 de la LDC.
5. De la información disponible en la información reservada S/DC/0557/15 se dedujo que existían indicios racionales de la comisión, por parte de NOKIA, de una infracción del artículo 2 de la LDC y del artículo 102 del TFUE, consistente en un abuso de posición de dominio en los mercados de suministro de información técnica y piezas de recambio para equipos GSM-R de NOKIA, derivado de la aplicación de precios no equitativos y discriminatorios, la negativa injustificada de suministro de un recurso esencial como es el servicio de soporte a la red de tecnología GSM-R de ADIF necesario para competir en el mercado conexo de mantenimiento de equipos de dicha red. A juicio de la DC, las conductas investigadas podían limitar la competencia efectiva en los mercados afectados y suponer la exclusión injustificada de KAPSCH de los mismos.
6. A la vista de lo anterior y, de conformidad con lo establecido en el artículo 49.1 de la LDC, el 19 de noviembre de 2015 la DC procedió a la incoación de expediente sancionador por conductas prohibidas en el artículo 2 de la LDC y en el artículo 102 del TFUE, que quedó registrado con el mismo número bajo el cual se había llevado a cabo la información reservada (S/DC/0557/15). Asimismo, la DC consideró en este acuerdo de incoación que no se daban, en dicho momento

procesal, las condiciones establecidas en el artículo 54 de la LDC para proponer al Consejo de la CNMC la adopción de la medida cautelar solicitada.

7. Con fecha 7 de diciembre de 2015, tuvo entrada en el registro de la CNMC recurso de 1 de diciembre de 2015 interpuesto por la representación de KAPSCH contra la denegación de la medida cautelar acordada por la DC el 19 de noviembre de 2015 en el acuerdo de incoación del expediente sancionador S/DC/0557/15. KAPSCH, de conformidad con los artículo 47 LDC y 110 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), solicitaba que se estimase su recurso y se adoptase la medida cautelar consistente en la suspensión temporal de la resolución de adjudicación de ADIF de fecha 19 de diciembre de 2014 a favor de NOKIA en todos sus extremos o, subsidiariamente, en lo que se refería a la sustitución de las líneas instaladas por KAPSCH por tecnología de NOKIA de la línea Barcelona-Figueras.
8. Con fecha 11 de diciembre de 2015, conforme a lo indicado en el artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, RDC), el Secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto por KAPSCH.
9. La DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso referido en el antecedente de hecho séptimo, con fecha 15 de diciembre de 2015. En dicho informe, la DC consideraba que el recurso debía desestimarse por cuanto la denegación de la medida cautelar solicitada por KAPSCH era conforme a derecho, no habiéndose generado indefensión o perjuicios irreparables a la recurrente que pudieran ser objeto de apreciación en el marco del artículo 47 de la LDC.
10. Con fecha 11 de enero de 2016, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de NOKIA en el que solicitaba que se le reconociese su condición de parte interesada en el expediente R/AJ/124/15 y previo acceso al mismo, se le emplazase para formular alegaciones dentro del plazo establecido a tal efecto, toda vez que las medida cautelares solicitadas por KAPSCH le afectaban en tanto que adjudicataria del concurso cuya suspensión cautelar se pretendía.
11. A la vista de lo expuesto, el 12 de enero de 2016 la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC admitió a trámite el recurso de KAPSCH, concediéndole a dicha empresa y a NOKIA un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pudieran formular alegaciones.
12. El día 27 de enero de 2016 la representación de NOKIA tuvo acceso al expediente.
13. El 2 de febrero de 2016, tuvo entrada en el registro de la CNMC el escrito de alegaciones de NOKIA de la misma fecha.

14. El 9 de febrero de 2016, tuvo entrada en el registro de la CNMC el escrito de alegaciones de KAPSCH de fecha 2 de febrero de 2016, presentado en Correos dicho día 2.
15. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 25 de febrero de 2016.
16. Son interesadas en este expediente de recurso KAPSCH CARRIERCOM, S.L.U. (KAPSCH) y NOKIA SOLUTIONS AND NETWORKS SPAIN, S.L. (NOKIA).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones del recurrente.

Se promueve el presente recurso al amparo del artículo 47 de la LDC contra la denegación de medidas cautelares acordada por el Director de Competencia de la CNMC el 19 de noviembre de 2015 en el marco del acuerdo de incoación de expediente sancionador S/DC/0557/15 contra NOKIA de dicha fecha.

El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por la DI, disponiendo que *"Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días"*.

KAPSCH solicita del Consejo de la CNMC que se estime su recurso y se adopte la medida cautelar consistente en la suspensión temporal de la resolución de adjudicación de ADIF de fecha 19 de diciembre de 2014 a favor de NOKIA en todos sus extremos. Subsidiariamente, solicita la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión temporal de la resolución de adjudicación de ADIF de fecha 19 de diciembre de 2014 a favor de NOKIA en lo que se refiere a la sustitución de las líneas instaladas por KAPSCH por tecnología de NOKIA (la línea Barcelona-Figueras).

La recurrente realiza en su escrito de recurso un relato de los hechos acaecidos, en el cual señala que, de acuerdo con el pliego de prescripciones técnicas de la discutida licitación, resultaba esencial e ineludible la concurrencia de dos requisitos preceptivos de solvencia técnica, la carta de soporte del fabricante y el certificado de interoperabilidad (IOT). Tal y como KAPSCH procedió a denunciar el 19 de mayo de 2015, NOKIA habría realizado una serie de conductas anticompetitivas dirigidas a impedir la actividad concurrencial de KAPSCH en el mercado de referencia, por lo que la recurrente tomó la decisión de no remitir a NOKIA la carta de compromiso de soporte. Este hecho llevó a KAPSCH a la convicción de que ADIF tomaría conciencia de la gravedad de la situación y llevaría a cabo las medidas oportunas, pero, en contra de lo esperado por KAPSCH, el ente público adjudicó el contrato al único licitador que se había presentado, que era precisamente la UTE integrada por NOKIA, SIEMENS y THALES, a pesar de que NOKIA no disponía de un documento esencial para la presentación de su licitación, como lo era la falta de certificado emitido por KAPSCH

para acreditar la solvencia técnica requerida. Sin embargo, KAPSCH tuvo conocimiento de que dicha ausencia se sorteó por NOKIA ofreciendo a ADIF la sustitución inmediata de las líneas instaladas por KAPSCH por tecnología de NOKIA, lo cual, a pesar de la grave irregularidad que supone en opinión de KAPSCH, fue aceptado por la mesa de contratación.

Así, con fecha 1 de marzo de 2015, el contrato correspondiente a la discutida licitación entró en vigor, con una duración prevista de 10 años y con un presupuesto total de 339.101.652,20 €. Suplementariamente, y según la información de la que dispone KAPSCH, la ilícita e irregular sustitución de las tecnologías KAPSCH de la línea Barcelona-Figueras por las de NOKIA se va a hacer efectiva, implementándose a partir del mes de marzo de 2016.

La recurrente considera, a diferencia de lo sostenido por la DC para la denegación de la medida cautelar solicitada que, en su opinión, la no adopción de estas medidas propuestas conllevará consecuencias que perjudicarán el interés público de una manera irreparable.

En cuanto a los **requisitos establecidos en el artículo 54 de la LDC** para adoptar cualquier medida cautelar, entiende KAPSCH que la DC se limitó a analizar si de la no adopción de las mismas se derivarían consecuencias contrarias al interés público de imposible o difícil reparación a posteriori, cuando lo que debería evaluarse son los presupuestos establecidos en dicho artículo 54 de la LDC y la casuística que lo interpreta. En este sentido la recurrente afirma que sí se cumplen estos requisitos establecidos en el artículo 54 de la LDC para la adopción de medidas cautelares, medidas éstas que deberán asegurar la eficacia de la resolución que en su día dicte la CNMC. La recurrente se apoya, para demostrar que sí concurren estos requisitos del artículo 54 de la LDC, en diferentes Resoluciones del Consejo de la CNMC o de la extinta CNC, que reproduce textualmente en relación con los requisitos necesarios (así, el MC/0008/13, YOFARMA VS COLEGIO DE FARMACÉUTICOS o el MC 0002/08, VINOS DE JEREZ). En las mismas se citan los dos presupuestos clásicos de la institución cautelar, esto es la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* y el peligro en la mora (*periculum in mora*), al que se añade el del artículo 40.2 del RDC, esto es, que no se podrán adoptar medidas cautelares que puedan originar perjuicios irreparables a los interesados o que impliquen violación de derechos fundamentales.

Por lo que respecta a dichos requisitos, KAPSCH indica en su escrito de recurso:

- (i) Respecto de **la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris***, considera que basta con que exista una razonable probabilidad de que las conductas denunciadas sean ciertas y constituyan infracción de la LDC, lo que, a su juicio, concurre en el presente caso pues el acuerdo de incoación se sustenta en la existencia de indicios racionales de la comisión por parte de NOKIA de un acto anticompetitivo prohibido por los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE.

- (ii) Por lo que se refiere al ***periculum in mora***, indica que deben ser precisadas las razones por las que se teme que la demora en adoptar la resolución final ponga en peligro su eficacia, así como la idoneidad de las medidas propuestas para evitar aquel peligro, asegurando la operatividad de la resolución final. En este sentido afirma que es evidente que el hecho de que ADIF haya adjudicado el contrato a una empresa como NOKIA, que, en su opinión ha cometido un ilícito concurrencial de abuso de posición de dominio, va a perjudicarle indudable e irreparablemente, a la vez que se le está expulsando "de facto" del mercado de referencia, quizás con carácter definitivo. Suplementariamente, estas prácticas anticompetitivas van a ocasionarle también daños no sólo en un sentido económico sino, especialmente, en su vertiente social respecto de sus trabajadores, pues KAPSCH especifica detalladamente cómo la sustitución del mantenimiento de la línea Barcelona-Figueras a favor de NOKIA supondrá el necesario despido de ocho ingenieros de mantenimiento de la compañía que habían sido contratados para este único proyecto de mantenimiento de dicha línea con dedicación exclusiva. Asimismo afirma que dicha situación será insalvable e irremediable, sin que una resolución favorable posterior pueda reparar el perjuicio creado a estas personas, siendo las medidas propuestas la única alternativa para evitar que la demora en la aplicación de esta medida pueda poner en peligro la eficacia de la resolución final.
- (iii) Considera, asimismo, que la medida propuesta es completamente **proporcional** y que, además, la situación de irreversibilidad no se dará en el supuesto de que sean concedidas las medidas cautelares y se dará, por el contrario, en el caso de que no se concedan ya que como consecuencia del abuso de posición de dominio realizado por parte de NOKIA se sustituirían las líneas instaladas por KAPSCH por tecnología de NOKIA, no siendo posible invertir el perjuicio creado en la competencia y, especialmente, el daño social creado.
- (iv) Finalmente, KAPSCH estima que de no adoptar la medida solicitada se derivarían consecuencias contrarias al **interés público**, entendido éste según recogen las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de mayo y 20 de septiembre de 2011 y 17 de julio de 2015 en las que se refiere al "*interés público manifestado en el mantenimiento de un mercado competitivo*". En el presente asunto, es evidente que las prácticas anticompetitivas realizadas están afectando el mercado competitivo y que existe un claro interés público para que se adopten las medidas solicitadas, pues contribuirían a que desaparezcan los efectos de estas prácticas anticompetitivas, no solo desde el prisma económico, sino también social.

En su informe de 15 de diciembre de 2015, la DC considera que el recurso debe ser **desestimado** por cuanto la denegación de la medida cautelar solicitada por KAPSCH es conforme a derecho, no habiéndose generado indefensión o perjuicios irreparables a

la recurrente que puedan ser objeto de apreciación en el marco del artículo 47 de la LDC.

La DC considera pertinente valorar si el acuerdo recurrido es ajustado a derecho teniendo en cuenta los requisitos establecidos en la jurisprudencia y en la práctica de la CNMC para la adopción de medidas cautelares (*fumus boni iuris; periculum in mora*) y lo dispuesto en el artículo 40.2 del RDC (no originar perjuicios irreparables a los interesados ni violar derechos fundamentales). La DC argumenta, en concreto:

- (i) La medida cautelar solicitada por KAPSCH no se dirige directamente a NOKIA sino a ADIF, por lo que **la apariencia de buen derecho** que pueda derivarse de los indicios de conductas anticompetitivas que justificaron la incoación del expediente sancionador S/DC/0557/15 contra NOKIA en ningún caso puede extenderse automáticamente a la posible ilicitud de las actuaciones de ADIF.
- (ii) La propia actuación de KAPSCH, no presentándose a la licitación controvertida de ADIF, no recurriendo la adjudicación de la misma y no denunciando las conductas de NOKIA ante la CNMC hasta más de cuatro meses después de la publicación de la adjudicación de la licitación, pone en cuestión la existencia de **perjuicios irreparables** para esta empresa derivados de la adjudicación de dicha licitación a NOKIA. Como reconoce la propia KAPSCH, es la decisión de ADIF la que provoca el perjuicio a sus intereses y no el Acuerdo de la DC que se recurre actualmente. La DC considera que la recurrente pretende que sea la CNMC quien suspenda temporalmente la resolución de adjudicación de ADIF, mediante la adopción de una medida cautelar, supliendo su propia falta de diligencia a la hora de recurrir esta adjudicación por los cauces legalmente previstos (por ejemplo podía haber interpuesto recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación de ADIF que automáticamente le habría supuesto la suspensión de la adjudicación que solicita ahora a la CNMC, conforme a lo previsto en el artículo 45 TRLCSP; asimismo KAPSCH podría haber recurrido los pliegos de la licitación).
- (iii) La DC considera que a los efectos del recurso presentado es irrelevante entrar a valorar si la adjudicación de ADIF a NOKIA de la licitación controvertida es ajustada a derecho o no. En definitiva, a juicio de la DC, KAPSCH pretende condicionar las actuaciones de ADIF en la licitación a través de las medidas cautelares solicitadas, cosa que en ningún caso podría obtener con la resolución del expediente sancionador S/DC/0557/15.

En sus alegaciones de 2 de febrero de 2016, KAPSCH hace especial hincapié en la urgente necesidad de la adopción de la medida cautelar de carácter subsidiario, es decir la que se refiere a la sustitución de las líneas instaladas por KAPSCH por tecnología de NOKIA (la línea Barcelona-Figueras), por cuanto la misma estaba

prevista para marzo de 2016 y de procederse materialmente a dicha sustitución por parte de NOKIA antes de la resolución de la medida solicitada, ésta perdería todo su propósito.

Asimismo, la recurrente utiliza dicho escrito de alegaciones para destacar un nuevo acto anticompetitivo del que ha tenido conocimiento una vez ha tenido acceso al expediente sancionador y que tiene una estrecha relación con la medida cautelar aquí solicitada. Este tiene que ver con que NOKIA, al ofrecer a ADIF la sustitución inmediata de las líneas instaladas por KAPSCH, lo hizo a coste cero para ADIF, abusando también de este modo de su posición de dominio y vulnerando el artículo 2 de la LDC, esta vez en la modalidad de venta a pérdida y precios predatorios. Igualmente, señala KAPSCH que el producto GSM-R que instaló para la línea Barcelona-Figueras nunca podría estar obsoleto, dado que la finalización de la obra para la instalación se produjo oficialmente el 16 de diciembre de 2013 y ADIF obliga a los proveedores a garantizar la disponibilidad de las piezas de repuesto necesarias para mantener el producto operativo al menos hasta diez años después de la citada fecha, en este caso el 16 de diciembre de 2023. Por ello, afirma la recurrente que no existe razón técnica o económica alguna para proceder a la sustitución de la línea, más allá del interés de NOKIA de eliminar del mercado a KAPSCH, mediando en este caso una práctica anticompetitiva de venta a pérdida y precios predatorios.

Por lo que se refiere a los motivos que justifican la concurrencia de los tres requisitos anteriormente citados para la adopción de cualquier medida cautelar solicitada, la recurrente se remite a lo ya expuesto tanto en su escrito de denuncia como en su recurso contra la denegación de la medida cautelar acordada por la DC el 19 de noviembre de 2015, mientras que utiliza su escrito de alegaciones de 2 de febrero de 2016 para tratar otras tres cuestiones:

- (i) Primeramente, a diferencia de lo afirmado por la DC en su informe de 15 de diciembre de 2015, asegura que **ha actuado con total diligencia**, intentando colaborar con NOKIA en todo momento e informando constantemente a ADIF de las irregularidades anticompetitivas en el comportamiento de NOKIA. KAPSCH señala que no pudo presentarse a la licitación como consecuencia del abuso de posición dominante ejercido por NOKIA, cuyos precios cotizados para concurrir a la licitación, injustificados y deliberadamente estipulados por encima del nivel de mercado, le habrían supuesto incurrir en unas pérdidas millonarias. Asimismo, afirma que las eventuales irregularidades cometidas en actos de tramitación o en los pliegos no resultan relevantes a los efectos que se discuten en el presente recurso, ni corresponde a la CNMC ni a la DC analizar dichos actos bajo el prisma de la legislación en materia de contratación pública, sino estrictamente bajo el punto de vista del respeto a la regulación de la competencia.
- (ii) En segundo lugar considera que es **la CNMC la que está plenamente legitimada para adoptar la medida cautelar solicitada** en tanto no se haya resuelto el expediente sancionador. Una vez resuelto éste, si encontrase a NOKIA responsable de los actos anticompetitivos, la CNMC podría impugnar

ante la jurisdicción contencioso-administrativa la resolución de adjudicación del concurso a favor de NOKIA, al amparo de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC), una vez expuesto el riesgo inminente de que se cree un obstáculo para la competencia en el presente caso.

- (iii) Por último, KAPSCH recuerda que, **conforme al artículo 53.2.c de la LDC, la CNMC también podrá ordenar la remoción de efectos de las prácticas prohibidas por NOKIA.** En este sentido señala que existe reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que mantiene que la orden de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas trata de remover los obstáculos a la libre competencia con el medio más adecuado, necesario y proporcionado, entre los que se puede incluir la obligación de reconocer *"el derecho a resolver de forma anticipada, unilateral y sin causa"* los contratos suscritos mediante prácticas abusivas (así, en la Resolución nº 646/08, de 19 de mayo de 2009 de la CNC en el Expediente AXION/ABERTIS).

Por lo que se refiere a NOKIA, tal y como se ha expuesto en los Antecedentes de hecho, fue considerada parte interesada en el presente recurso, y como tal, presentó escrito de alegaciones el 2 de febrero de 2016. En el mismo se opone a la adopción de las medidas cautelares solicitadas por KAPSCH y va desgranando los motivos en los que apoya dicha oposición.

En primer lugar hace un relato de los antecedentes fácticos que considera relevantes para el análisis de las medidas cautelares. En ellos destaca determinados acontecimientos que revelan su voluntad de colaboración con KAPSCH, señalando igualmente los argumentos que le llevan a pensar que ésta tenía la voluntad inequívoca de suspender la adjudicación de la licitación. Asimismo, entiende que la causa que llevó a KAPSCH a no licitar era totalmente ajena a NOKIA. En este sentido cita la existencia de una carta que envió el consorcio de KAPSCH a ADIF con sus disculpas por no haber concurrido a la licitación y, pone de manifiesto, que las razones que le llevaron a ello fueron, entre otras, el carecer de informes de un elevado porcentaje de tecnología y equipamiento existente y el no disponer en algunas técnicas de ofertas para las potenciales renovaciones de los equipos.

Posteriormente se ocupa en su escrito de alegaciones de dejar constancia de su interés legítimo en participar en el procedimiento. Así, señala que la suspensión cautelar del contrato o de la sustitución de los equipos instalados por KAPSCH en la línea Barcelona-Figueras, le produciría un perjuicio económico de difícil reparación, fuera de que supondría impedir que su consorcio realizase las actividades que tiene encomendadas tras haber resultado adjudicatario de una licitación administrativa que además es firme, pues ni KAPSCH ni ningún otro miembro de su pretendido consorcio la recurrieron.

En cuanto a las medidas cautelares solicitadas por KAPSCH, NOKIA considera que las mismas son de naturaleza positiva, por cuanto pretenden la modificación *ad hoc* de la resolución de ADIF, por lo que siendo así, los requisitos exigidos para adoptar las

mismas son mucho más estrictos, en particular en lo que se refiere a la apreciación del *periculum in mora*, como ha manifestado reiterada jurisprudencia. Asimismo, considera que dichas medidas cautelares chocan de plano con los principios recogidos en el artículo 71.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), trasladable al ámbito administrativo, que indica que "*Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar (...) el contenido discrecional de los actos anulados*". En este sentido, afirma que si la CNMC está incapacitada para suspender y modificar el contenido de la adjudicación de ADIF, tal como señala la propia DC en su Informe de 15 de diciembre de 2015, con más razón si cabe, debe denegarse la pretensión de suspender o alterar el contenido de dicha adjudicación en sede cautelar.

Finalmente, NOKIA se ocupa de analizar tanto la inexistencia de *periculum in mora* en el presente caso, como de *fumus boni iuris*, así como de llevar a cabo una ponderación de los intereses en presencia y de la perturbación grave del interés general y de sus intereses particulares. En cuanto al *periculum in mora*, considera NOKIA que es difícil poder apreciarlo, cuando KAPSCH dilató su solicitud de medidas cautelares durante más de cuatro meses desde que se produjo la adjudicación, fuera de que tampoco recurrió ésta en sede administrativa. Por lo que se refiere al *fumus boni iuris* considera NOKIA que no se dan en esta ocasión los requisitos exigidos por la jurisprudencia para poder acordarse una medida cautelar en base al mismo. En este sentido señala que el TS ha añadido que la doctrina sobre la apariencia de buen derecho puede ser un factor que coadyuve a la adopción de la medida cautelar, pero que, en cualquier caso, su aplicación ha de hacerse con prudencia para no prejuzgar la cuestión de fondo, lo que sin duda acontecería en este caso. Por último, señala que KAPSCH no aportó ninguna justificación plausible que permitiera atisbar el pretendido interés público identificado por la recurrente derivado de la adopción de las medidas cautelares solicitadas, mientras que una adecuada ponderación de los intereses en conflicto lleva a aseverar que es notorio el carácter superior de los intereses públicos que innegablemente quedarían lesionados como consecuencia de la adopción de éstas. En concreto, con su adopción se produciría un grave perjuicio para los consumidores de servicios de transporte ferroviario ya que, tal como señala el Pliego, las líneas de alta velocidad objeto de la Licitación precisan de una renovación tecnológica que garantice el buen funcionamiento de las conexiones ferroviarias en España. Además de los intereses generales, los intereses particulares de NOKIA también se verían gravemente perjudicados, pues estaría abocada a una situación en la que, pese a haber desplegado los medios materiales y de personal y pese a haber dado comienzo a las renovaciones necesarias para poner en marcha el contrato que le había sido correctamente adjudicado por ADIF, tendría ahora que renunciar – hasta que se levantase la suspensión – a la ejecución de dicho contrato. En definitiva, señala NOKIA que una correcta ponderación de los intereses en conflicto, tanto de la recurrente como del interés general y sus propios intereses particulares, conduce irremediabilmente a concluir que no se justifica la adopción de la medida cautelar solicitada.

SEGUNDO.- Sobre los requisitos del artículo 47 de la LDC.

Conforme lo señalado en el artículo 47 de la LDC, la adopción de una decisión respecto al recurso interpuesto por KAPSCH supone verificar si la actuación recurrida ha ocasionado indefensión o perjuicio irreparable a la recurrente, lo que conllevaría la estimación del recurso o, si no ha producido indefensión ni perjuicio irreparable, su desestimación.

Fuera de la alusión genérica al artículo 47 de la LDC, la recurrente no se pronuncia acerca de si la denegación de medidas cautelares acordada por el Director de Competencia vulnera o no su derecho de defensa, por lo que dicho requisito no debería ni siquiera ser estudiado por esta Sala. En relación al posible perjuicio irreparable, esto es, en palabras del Tribunal Constitucional, *“aquel que provoque el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración”* (por todas, ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009), KAPSCH se centra en aquellos perjuicios, tanto económicos como sociales, que considera irremediables y que incluso harían ineficaz la resolución que en su día se dictase, si bien es cierto que parece vislumbrarse en su exposición cierta confusión, por cuanto los perjuicios que menciona no vienen directamente ocasionados por el propio acuerdo de denegación de medidas cautelares, tal y como exigiría el artículo 47 de la LDC, sino por otros actos ajenos a éste, como puede ser la resolución de adjudicación de la licitación efectuada por ADIF.

No obstante, esta Sala entiende que, independientemente de cómo haya articulado KAPSCH su recurso, lo pertinente para resolver el mismo es valorar si el acuerdo recurrido es ajustado a derecho o no, pues sólo en el último de estos casos podría ser susceptible de causar indefensión o perjuicios irreparables a la recurrente que pudieran ser objeto de apreciación en el marco del artículo 47 de la LDC.

Para llevar a cabo el análisis relativo a la conformidad a derecho del acto recurrido se tendrán en cuenta los requisitos establecidos en la jurisprudencia y en la práctica de la CNMC para la adopción de medidas cautelares (esto es, el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*) así como lo dispuesto en el artículo 40.2 del RDC (es decir, no originar perjuicios irreparables a los interesados o que implique violación de derechos fundamentales).

En primer lugar, respecto de la **apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*** bastaría con que existiera una razonable probabilidad de que las conductas denunciadas, que ha de enjuiciar la resolución final, fuesen ciertas y constituyesen infracción de la LDC. Según se establecía en el Fundamento Jurídico Cuarto de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de marzo de 2008 (Nº de Recurso: 238/2006): *“La primera cuestión que debe establecerse es que la adopción de las medidas cautelares es independiente de la conclusión final que se adopte en relación con la efectiva realización de una conducta infractora, esto es, puede no concurrir el elemento subjetivo, puede no ser la conducta subsumible en el tipo infractor, puede ser autorizable, pero en todo caso, para adoptarlas, debe existir un expediente en el cual se investigan unos hechos que, prima facie, podrían ser constitutivos de infracción administrativa, y que los mismos podrían causar perjuicios en entidad suficiente y cuya continuación podría hacer ineficaz la Resolución que se dictase”*. KAPSCH se limita a

afirmar que la apariencia de buen derecho queda fuera de toda discusión por el simple hecho de que el acuerdo de incoación del expediente sancionador S/DC/0557/15 se sustenta en la existencia de indicios racionales de la comisión por parte de NOKIA de un acto anticompetitivo prohibido por los artículos 2 de la LDC y 102 del TFUE. Sin embargo, esta Sala, de conformidad con lo establecido por la DC en su informe, considera que la apariencia de buen derecho que podría derivarse de los indicios de conductas anticompetitivas que justificaron la incoación de dicho expediente contra NOKIA en ningún caso puede extenderse automáticamente a la posible ilicitud de las actuaciones de ADIF, que es a quien realmente se dirige la medida cautelar solicitada por KAPSCH. Es por ello que dicho presupuesto no puede concurrir en el supuesto que nos ocupa.

Por lo que se refiere al ***periculum in mora***, dice textualmente la recurrente (el subrayado es nuestro) *“En este sentido, es evidente que el hecho de que el Consejo de Administración de ADIF haya adjudicado el contrato a NOKIA, como consecuencia de unos ilícitos concurrenciales, va a perjudicar indudable e irreparablemente a KAPSCH, en el sentido de que se estará satisfaciendo a una empresa que ha actuado anticompetitivamente y a la cual se le ha adjudicado un contrato que representará para NOKIA unos ingresos de 105 millones de euros como consecuencia directa de un ilícito concurrencial de abuso de posición de dominio, a la vez que se está expulsando "de facto" a KAPSCH del mercado de referencia, quizás con carácter definitivo. Suplementariamente, estas prácticas anticompetitivas van a ocasionar también daños no sólo en un sentido económico sino, especialmente, en su vertiente social a sus trabajadores, ya que, debido al lesivo comportamiento de NOKIA, quedará seriamente dañada la viabilidad económica del mantenimiento de una línea adjudicada a KAPSCH”* (página 7 de su escrito de recurso) o *“Por cuanto antecede esta parte considera que queda plenamente justificado el periculum in mora ya que es evidente que la no adopción de las medidas propuestas va a suponer un perjuicio enorme e irreparable a KAPSCH no sólo económicamente sino también socialmente a sus trabajadores. Es decir, de no adoptarse las medidas, los citados 8 empleados asignados a esta línea se verán abocados a una situación repentina de desempleo. Esta situación será insalvable e irremediable y ni siquiera una resolución favorable posterior será capaz de reparar el perjuicio creado a estas personas. Es por ello que las medidas propuestas son la única alternativa para evitar que la demora en la aplicación de esta medida pueda poner en peligro la eficacia de la resolución final”* (página 10 de su escrito de recurso).

Varias son las puntualizaciones que cabe hacer a las alegaciones de la recurrente. Por un lado, los supuestos perjuicios irreparables que la recurrente estima sufrirá se derivan de la adjudicación del contrato a NOKIA por parte de ADIF, dirigiendo de este modo su solicitud de medidas cautelares a las actuaciones de dicho ente público, que actuó como poder adjudicador.

Por otro lado, los propios perjuicios irreparables que la recurrente deriva de la adjudicación de dicha licitación a NOKIA quedan bastante en entredicho por la propia actuación de KAPSCH durante todo el proceso. Y es que esta Sala considera que, por mucho que la recurrente alegue que no es el asunto que se discute, KAPSCH no ha aportado razón alguna que justifique por qué no recurrió en su momento los pliegos de licitación o el propio acuerdo de adjudicación de la misma, cuando en su propio recurso

afirma expresamente que la sustitución de las líneas instaladas por KAPSCH por tecnología de NOKIA fue, en su opinión, “ilícitamente aceptada por ADIF”. De hecho, parece oportuno señalar que si hubiera interpuesto recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación de ADIF, automáticamente habría obtenido la suspensión de la adjudicación conforme a lo previsto en el artículo 45 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que paradójicamente es lo que solicita ahora a la CNMC. Pero es que a esta falta de impugnación de los actos de ADIF en el plazo previsto se debe añadir que KAPSCH dejó pasar más de cuatro meses desde la publicación de la adjudicación de la licitación para denunciar las conductas de NOKIA ante la CNMC, cuando los actos de ADIF ya eran firmes. Dilatar tanto en el tiempo dicha denuncia, unido a su inactividad impugnatoria de la adjudicación, no resulta consistente con la posterior solicitud de una medida cautelar y la razón de ser de éstas.

Todo este cúmulo de actuaciones por parte de la recurrente, o de falta de ellas, no pueden sino ser entendidas como una ausencia de la diligencia debida, utilizando en el momento actual un cauce equivocado para conseguir unos objetivos que, como ella misma señala, ni siquiera podrá obtener con la resolución del expediente sancionador S/DC/0557/15.

KAPSCH afirmaba en su escrito de alegaciones de 2 de febrero de 2016 que las eventuales irregularidades cometidas en actos de tramitación o en los pliegos no resultaban relevantes a los efectos que se discutían en el presente recurso, ni correspondía a la CNMC ni a la DC analizar dichos actos bajo el prisma de la legislación en materia de contratación pública, sino estrictamente bajo el punto de vista del respeto a la regulación de la competencia.

Efectivamente, a los efectos del presente recurso es irrelevante entrar a valorar cualquier aspecto relativo a la adjudicación de ADIF a NOKIA y si la misma es o no ajustada a derecho. Asimismo, también es irrelevante cualquier dato relativo a la conducta anticompetitiva de NOKIA, como puede ser el nuevo acto anticompetitivo del que KAPSCH dice haber tenido conocimiento relativo a la oferta de NOKIA para sustituir las líneas instaladas por KAPSCH a coste cero para ADIF, pues recordemos que existe para ello un expediente sancionador S/DC/0557/15, en fase de instrucción, en el que deben ser investigados estos hechos. Sin embargo que no sea la CNMC el máximo organismo dedicado a materia de contratación pública no obsta para que no pueda valorar, en aras a resolver si la denegación de una medida cautelar se ajusta o no a derecho, cuál fue el contexto y las actuaciones seguidas por el solicitante de la medida, que en este caso se relacionan con la licitación de un contrato público. Es precisamente este análisis exhaustivo de los hechos y de las circunstancias que rodean a la solicitud de medidas cautelares, así como de los requisitos para que éstas puedan ser concedidas, el que tiene que realizar esta Sala en el momento actual, para posteriormente, y dado el caso, valorar las estrictas cuestiones de derecho de la competencia que se sustancien en el procedimiento principal.

En este mismo orden de cosas coincide esta Sala con lo establecido por la DC en su informe con relación al instrumento establecido en el artículo 5.4 de la LCNMC. Dicho artículo establece que la CNMC está legitimada para impugnar ante la jurisdicción

competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados. El recurso a este mecanismo de impugnación que la CNMC puede utilizar para remover del ordenamiento jurídico situaciones de especial gravedad para la competencia efectiva, no es, a juicio de esta Sala, aplicable en el presente caso, en el que se trataría de suspender una resolución de otra institución pública, en concreto ADIF actuando como poder adjudicador, fuera de que, además, los plazos de recurso ya habrían expirado cuando KAPSCH presentó ante la CNMC la denuncia contra NOKIA. En este sentido, la recurrente, en su escrito de alegaciones de 2 de febrero de 2016, citaba textualmente (el subrayado es nuestro): *“Es por ello que consideramos que para que se acuerde la impugnación del acuerdo de adjudicación viciado por esta práctica anticompetitiva, es necesario que, previamente, la CNMC se pronuncie sobre la práctica contraria a la libre competencia, ya que dicha competencia le corresponde en exclusiva a este órgano regulatorio. Dicho en otras palabras: la impugnación de la licitación por haber mediado actos anticompetitivos solo podrá resolverse una vez la CNMC determine si se produjo un abuso de posición dominante, por lo que nada puede reprocharse a KAPSCH, que ha actuado diligentemente en todo momento y en coherencia con las competencias que tiene atribuidas la CNMC”* o *“Frente a los objetos de recurso de carácter puramente administrativos y, en consecuencia, no del todo adecuados para la materia que aquí interesa (artículo 40 de la TRLCSP), el artículo 5.4 de la LCNMC proporciona a KAPSCH el instrumento legal concreto y adecuado que se ajusta exactamente a lo que pretende mi representada”* (página 13 de su escrito de alegaciones de 2 de febrero de 2016). De la lectura de estos párrafos se puede observar nuevamente la patente confusión en la que incurre la recurrente en cuanto a los instrumentos legales a su disposición. Insistimos, no puede la recurrente pretender, que en el momento actual, sea la CNMC la que suspenda temporalmente la resolución de adjudicación de ADIF adoptando las medidas cautelares solicitadas, cuando fue precisamente ella la que no utilizó los cauces legales que tenía a su alcance. Si KAPSCH pretende, como dice, que se *“acuerde la impugnación del acuerdo de adjudicación”* lo que debió hacer fue justamente eso, impugnarlo en tiempo y forma.

Una vez analizados estos dos requisitos clásicos de la institución cautelar, esto es la apariencia de buen derecho y el *periculum in mora*, no concurriendo ninguno de ellos, deviene innecesario cualquier análisis relativo a la supuesta proporcionalidad de la medida cautelar solicitada así como las consecuencias contrarias al interés público alegadas por KAPSCH. No obstante, conforme a las alegaciones de NOKIA, parece evidente que, ni la recurrente ha justificado adecuadamente cuál es el interés público derivado de la adopción de las medidas cautelares, ni la posibilidad de originar perjuicios irreparables a los interesados estaría salvada con dicha adopción.

Por todo lo anteriormente expuesto, esta Sala considera que el acuerdo del Director de Competencia, en el cual se denegaron las medidas cautelares solicitadas, es ajustado a derecho por lo que no es, por tanto, susceptible de causar indefensión o perjuicios irreparables a la recurrente tal y como exige el artículo 47 de la LDC, debiendo desestimarse el recurso examinado.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia,

HA RESUELTO

ÚNICO.- Desestimar el recurso interpuesto por KAPSCH contra la denegación de medidas cautelares acordada por el Director de Competencia de la CNMC el 19 de noviembre de 2015 en el marco del acuerdo de incoación de expediente sancionador S/DC/0557/15 contra NOKIA de dicha fecha.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a las interesadas, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.