

RESOLUCIÓN

Expte. R/AJ/083/20, KONTRON

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep María Salas Prat

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Barcelona, a 26 de enero de 2021

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución por la que se resuelve el recurso interpuesto por KONTRON TRANSPORTATION ESPAÑA S.L. (KONTRON) contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 23 de octubre de 2020, por el que se deniega a la recurrente la personación en calidad de interesado en el expediente S/DC/0614/17 Seguridad y Comunicaciones Ferroviarias.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 5 de noviembre de 2020 tuvo entrada en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**) el recurso interpuesto por KONTRON, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**), contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 23 de octubre de 2020, por el que se le deniega la personación en calidad de interesado en el expediente S/DC/0614/17 Seguridad y Comunicaciones Ferroviarias. Junto con el escrito de recurso, la empresa ha presentado 11 documentos sobre los que solicita confidencialidad (folios 7 a 17).
2. Con fecha 6 de noviembre de 2020, conforme a lo indicado en el artículo 24.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado mediante el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC), el Secretario del Consejo de la CNMC remitió una copia del recurso a la Dirección de Competencia (**DC**), para su informe.
3. Con fecha 16 de noviembre de 2020, la DC emitió el preceptivo informe en el que concluye que procede desestimar el recurso interpuesto por KONTRON.
4. Con fecha 17 de noviembre de 2020, la Sala de Competencia de la CNMC acordó conceder a la recurrente un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, formulase alegaciones al informe de la DC de fecha 16 de noviembre de 2020. La citada empresa no ha presentado alegaciones.
5. Con fecha 25 de noviembre de 2020, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de NOKIA SPAIN, S.A., en el que solicitaba que se le reconociera la condición de interesada en el presente procedimiento de recurso. Con fecha 14 de diciembre de 2020, el Secretario del Consejo procedió a dar traslado a la citada empresa del recurso interpuesto por KONTRON.
6. El día 5 de enero de 2021 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones de NOKIA SPAIN, S.A., en el cual solicita que se desestime el recurso interpuesto por KONTRON.
7. La Sala de Competencia del Consejo aprobó esta resolución en su reunión de 26 de enero de 2021.
8. Son interesados en este expediente de recurso: KONTRON TRANSPORTATION ESPAÑA S.L. y NOKIA SPAIN, S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

El presente recurso se ha interpuesto contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 23 de octubre de 2020, por el que se deniega a KONTRON la personación en calidad de interesado en el expediente S/DC/0614/17 Seguridad y Comunicaciones Ferroviarias, considerando que se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 47 de la LDC.

1.1. Motivos del recurso

La recurrente afirma que el expediente S/DC/0614/17 Seguridad y Comunicaciones Ferroviarias tiene su origen en diversos acuerdos presuntamente anticompetitivos para la manipulación y el reparto de licitaciones convocadas por ADIF para el suministro, instalación, reparación, mantenimiento y mejora de -entre otros- los sistemas de comunicaciones ferroviarias, incluyendo la red de alta velocidad y el mercado de tecnologías GSM-R. En dicho mercado de referencia, según señala, existen únicamente dos proveedores, KONTRON y NOKIA, teniendo esta última una posición de dominio cercana al monopolio, por lo que considera que las eventuales conductas anticompetitivas de NOKIA analizadas en el citado expediente podrían afectar a KONTRON en su condición de competidor directo.

En consecuencia, la recurrente reitera su interés legítimo sobre la base de las siguientes consideraciones:

- 1) Interés legítimo desde el punto de vista del mercado afectado, siendo este mercado el de sistemas de comunicaciones ferroviarias, incluyendo la red de alta velocidad y el mercado de tecnologías GSM-R.
- 2) Interés real y cierto desde el punto de vista de la afectación directa: KONTRON habría presentado ofertas en las citadas licitaciones, en las que finalmente habría resultado NOKIA la empresa adjudicada en cuanto a las tecnologías GSM-R.
- 3) Por último, KONTRON considera que si el criterio aplicado en la resolución del Consejo de la CNMC de 18 de julio de 2019 ha sido reconocer a ADIF la condición de parte interesada en el expediente S/DC/0614/17 Seguridad y Comunicaciones ferroviarias, no hay motivo para no considerarla interesada a ella también.

1.2. Informe de la Dirección de Competencia

La DC considera en su informe de 16 de noviembre de 2020 que el recurso debe ser desestimado al no ser susceptible de causar al recurrente indefensión ni perjuicio irreparable.

Según la DC los hechos investigados en el expediente S/DC/0614/17 Seguridad y Comunicaciones ferroviarias afectan a un mercado mucho más amplio que el delimitado por KONTRON en su recurso, así como a un mayor número de licitaciones que las identificadas por KONTRON, en particular, las relativas a los sistemas de seguridad -que comprende señalización, control del tráfico y comunicaciones-.

Por otro lado, la DC señala que ADIF tiene un interés legítimo e indudablemente puede resultar afectada directamente por la resolución que en el ámbito de dicho expediente se adopte por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, cumpliéndose así en este supuesto los elementos que determinan el reconocimiento de la condición de interesado señalados en el artículo 4.1 de la Ley 39/2015. Este es el elemento diferencial que ha llevado a la DC a no conceder a KONTRON la condición de interesado solicitada por dicha empresa.

La DC reitera que la consideración como parte interesada en el citado expediente de ADIF no debe suponer la extensión de forma automática a otros que pudieran solicitar también dicha condición, como es el caso de KONTRON, pues en este supuesto los derechos legítimos invocados por la citada empresa no han quedado debidamente acreditados ni delimitados.

Por todo lo anterior, la DC propone en su informe que se desestime el recurso interpuesto por la recurrente contra el acuerdo de la DC de fecha 23 de octubre de 2020.

SEGUNDO. - Naturaleza del recurso interpuesto

El artículo 47 de la LDC, que regula el recurso administrativo previsto contra las resoluciones y actos dictados por el órgano de instrucción de la Autoridad de Competencia, dispone 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"*.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sus sentencias de 30 de septiembre de 2013 (rec. 5606/2010) y 21 de noviembre de 2014 (rec. 4041/2011), ha señalado que el artículo 47 de la LDC no abre la posibilidad a cualquier impugnación y por cualquier motivo, sino exclusivamente

la de aquellos actos o resoluciones a los que se impute haber causado indefensión o provocar "*perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos*".

Para el Tribunal Supremo "*tanto el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia como, eventualmente, la Sala de la Audiencia Nacional al juzgar sobre las decisiones de éste, deben limitarse a revisar dichos actos y resoluciones de la Dirección de Investigación únicamente desde aquella doble perspectiva. No es que el enjuiciamiento de tales actos y resoluciones quede así impedido, sino simplemente, como sucede con el resto de actos de trámite o de instrucción de los procedimientos sancionadores, diferido al momento en que recaiga la decisión final del procedimiento. Será entonces cuando la parte pueda invocar cualquier motivo de nulidad de las resoluciones finales por derivar de actos previos viciados*".

De acuerdo con esta doctrina jurisprudencial, a continuación se examina la posible existencia de indefensión o perjuicio irreparable derivada de la actuación administrativa impugnada en el recurso interpuesto.

TERCERO. - Ausencia de indefensión y de perjuicio irreparable

El Tribunal Constitucional ha señalado en reiteradas ocasiones que para apreciar la existencia de indefensión no basta con que se produzca una transgresión formal de las normas, sino que es necesario que tal vulneración se traduzca en una privación, limitación, menoscabo o negación real, efectiva y actual del derecho de defensa¹:

“En suma, estamos en presencia de una transgresión de las normas formales configuradas como garantía, factor necesario e inexcusable pero no suficiente para diagnosticar la indefensión. Una deficiencia procesal no puede producir tal efecto si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación del derecho a la defensa en un proceso público con todas las garantías «en relación con algún interés» de quien lo invoca (STC 90/1988 [RTC 1988\90]). En definitiva, la indefensión, que se concibe constitucionalmente como la negación de la tutela judicial y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el art. 24 de la Constitución, ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que le sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo (SSTC 181/1994 [RTC 1994\181] y 314/1994 [RTC 1994\314]). Por ello hemos hablado siempre de indefensión «material».”

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1995, de 24 de enero.

En consecuencia, debe comprobarse si la indefensión se ha producido y, de haberse producido, habría que observar si ha dado lugar a una indefensión material, en el sentido que acabamos de exponer.

KONTRON manifiesta que resulta indudable que sus derechos e intereses legítimos podrían verse afectados por el procedimiento sancionador S/DC/0614/17, toda vez que una eventual declaración de infracción cometida por NOKIA tendría una afectación directa, efectiva, real y tangible en KONTRON, en su condición de competidor directo.

La LDC no define un concepto autónomo de interesado, por lo que hay que acudir al artículo 4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), de aplicación supletoria, y a la doctrina relacionada de la autoridad de competencia² y órganos jurisdiccionales³.

El artículo 4.1 de la LPAC establece que *“se consideran interesados en el procedimiento administrativo:*

- a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.*
- b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.*
- c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva”.*

La atribución de la condición de interesado no es automática y debe producirse tras un análisis caso por caso de la concurrencia de un interés legítimo real, que en todo caso debe ser alegado y probado por la parte de quien se lo arroga, no bastando con la acreditación de un interés abstracto o genérico.

En el marco de este análisis casuístico, coexisten normalmente al menos tres grupos de potenciales interesados en los expedientes tramitados por la CNMC: los denunciantes, las víctimas de las prácticas anticompetitivas y los competidores, en la medida en que sus intereses legítimos pueden verse de una

² Ver, por ejemplo, las resoluciones de la CNMC de 26 de noviembre de 2015, Expte. R/AJ/104/15 MUDANZAS INTERNACIONALES, de 28 de abril de 2016, Expte. R/AJ/016/16 NBM; de 21 de junio de 2016, Expte. R/AJ/025/16 GESDEGAS y de 10 de mayo de 2018, Expte. R/AJ/021/18 ALPIQ.

³ Ver, por ejemplo, las Sentencias del TS de 15 de marzo de 2013, rec. núm. 9997/98; de 19 de julio de 2016, rec. núm. 4039/2014; de 20 de abril de 2015, rec.núm. 1523/12 y de 5 de febrero de 2018, rec. núm. 3770/2015.

u otra forma afectados por la resolución que en su día se adopte. Nos centramos en el análisis de los dos últimos supuestos.

En cuanto a la legitimación activa de las víctimas o perjudicados por la práctica anticompetitiva, el Alto Tribunal ha señalado que la posibilidad de obtener, eventualmente, una indemnización de daños y perjuicios no es suficiente para fundar un proceso contencioso-administrativo⁴. De ello se deduce que caracterizarse como víctima, sin más, no determina su condición de interesado. Dice el Tribunal Supremo:

“Tan sólo en relación con la pretensión de que se impusiera una sanción respecto de la infracción declarada del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia desciende la Sala de instancia a consideraciones concretas, afirmando que la ausencia de esta podría afectar a una hipotética futura reclamación de daños y perjuicios. Esta argumentación ha de ser rechazada, sin embargo, aunque sólo fuera por cuanto declarada la existencia de una infracción ya quedaría abierta, en su caso, la posibilidad de reclamación de daños y perjuicios, fuera cual fuera la viabilidad de dicha pretensión. Esto es, la sanción no añade ni resta fuerza jurídica a dicha hipotética reclamación de daños y perjuicios cuyo fundamento sería, en todo caso, la existencia de una conducta contraria a derecho -que había sido ya declarada- y no la circunstancia de que mereciese o no una determinada sanción en función de las circunstancias concretas. En definitiva, los daños y perjuicios existirían o no con independencia de la sanción, y para reclamarlos, bastaba la declaración de una actuación ilegal. Por lo demás, el Pleno de esta Sala ha declarado recientemente (Auto de 28 de mayo de 2.007 -recurso contencioso-administrativo 2/47/2.006) que no es posible fundar un proceso contencioso administrativo en la mera posibilidad hipotética de una reclamación de daños no especificados (en aquel caso, de carácter pasivo)”.

En cuanto al interés de los competidores, la Sentencia del Tribunal Supremo citada les reconoce una situación especial, pese a que, asimismo, deban fundamentar correctamente este interés para intervenir como interesado en un procedimiento determinado. En concreto, afirma que:

“Precisando todavía más en relación con el supuesto actual, debemos considerar que el mismo versa sobre defensa de la competencia, en la que está presente el interés competitivo entre los sujetos que operan en un determinado mercado. No cabe duda de que se trata de una circunstancia cualificadora de extrema importancia que no está presente en otros ámbitos materiales, pues quiere decir que en derecho de la competencia la declaración de las infracciones de potenciales competidores o su sanción pueden estar con frecuencia asociadas a ventajas materiales y competitivas que no existen fuera de este sector del ordenamiento. Ahora bien, ello no obsta a que dichas ventajas deben ser alegadas y acreditadas suficientemente, pues tampoco es bastante con aducir el principio genérico de competitividad para acreditar un

⁴ Sentencia del TS de 26 de junio de 2007.

interés legítimo basado en la existencia de una afección efectiva de los propios derechos e intereses. La mera apelación al principio de competitividad vuelve a ser un interés genérico por la legalidad insuficiente para otorgar legitimación ad causam en un determinado y concreto proceso”.

En este caso se trata de un expediente en el que el ámbito subjetivo de posibles interesados está extremadamente delimitado, debiendo considerarse como tales a las 16 empresas incoadas, entre las que no se encuentra KONTRON, por posibles prácticas anticompetitivas consistentes en el reparto de licitaciones para el suministro, instalación, puesta en servicio y mantenimiento de los sistemas de seguridad, de control y gestión del tráfico, de comunicaciones y de protección ferroviaria para la red de ferrocarril convencional y de alta velocidad ferroviaria en España.

Asimismo, como ha señalado la DC en su informe, nos encontramos ante un expediente cuyo objeto puede afectar a un mercado mucho más amplio que el delimitado por KONTRON en el que la empresa no tendría ese interés que alega en su recurso.

Pero es que, además, el interés mostrado está referido a un procedimiento sancionador en fase de instrucción, en el que todavía no hay una resolución sobre los hechos investigados, motivo por el cual no es posible apreciar el perjuicio y la indefensión real y efectiva alegados por la recurrente.

En este sentido, la CNMC ya ha señalado que la noción de interés legítimo consiste en una relación entre el sujeto y el objeto de la pretensión, que implica que la resolución que ponga fin al procedimiento produzca de modo inmediato un beneficio o un perjuicio actual o futuro, pero cierto, para el legitimado y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación⁵.

Tampoco es posible estimar la pretensión de KONTRON de obtener la condición de interesado por considerar que su posición en relación con el expediente de referencia es idéntica a la ADIF.

Aunque es cierto que por acuerdo de 14 de mayo de 2019, previa solicitud de ADIF, se concedió la condición de interesada a la citada entidad, la posición de ADIF no puede ser comparable a la de KONTRON. Como ya se indicó en sendas resoluciones de fecha 18 de junio de 2019 (R/AJ/061/19 SIEMENS y

⁵ Resoluciones de la CNMC de 21 de junio de 2016 (Expte. R/AJ/025/16 GESDEGAS), de 10 de mayo de 2018 (Expte. R/AJ/021/18 ALPIQ), de 16 de enero de 2020 (Expte. R/AJ/132/19, FEDERACIÓN CÁNTABRA DEL TAXI).

R/AJ/062/19 BOMBARDIER) en las que se desestiman los recursos presentados por dos empresas, las eventuales conductas han podido tener una innegable afectación en los contratos licitados por ADIF durante un largo periodo de tiempo, lo que ha sido considerado relevante para otorgarle la condición de interesado en el expediente sancionador en el que además su aportación y participación puede resultar relevante para la investigación y el análisis de las conductas investigadas.

Por todo lo anteriormente expuesto, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, esta Sala entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser desestimado.

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

HA RESUELTO

PRIMERO. Desestimar el recurso interpuesto por KONTRON TRANSPORTATION ESPAÑA S.L. contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 23 de octubre de 2020 por el que se deniega la personación en calidad de interesado a KONTRON TRANSPORTATION ESPAÑA S.L. en el expediente S/DC/0614/17 Seguridad y Comunicaciones Ferroviarias.

SEGUNDO. Declarar confidenciales los documentos 1 a 11 aportados por KONTRON TRANSPORTATION ESPAÑA S.L. en el marco del recurso interpuesto contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 23 de octubre de 2020 (folios 7 a 17).

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a la interesada, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.