



Roj: **SAN 4638/2023 - ECLI:ES:AN:2023:4638**

Id Cendoj: **28079230062023100612**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **20/09/2023**

Nº de Recurso: **771/2018**

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:** 0000771 /2018

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 7152/2018

**Demandante:** GESEIN, S.L.

**Procurador:** D. JOAQUÍN FANJUL DE ANTONIO

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

### **SENTENCIA N<sup>o</sup>:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D<sup>a</sup>. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veinte de septiembre de dos mil veintitrés.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **771/2018**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Joaquín Fanjul de Antonio que actúa en nombre y en representación de la mercantil **GESEIN, S.L.**, contra la Resolución dictada en fecha 26 de julio de 2018 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente S/DC/0565/15 LICITACIONES DE APLICACIONES INFORMATICAS. 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 estimatoria por la que:

*"(i) Declare la no conformidad a Derecho de la Resolución de 26 de julio de 2018 de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, dictada en el expediente S/DC/0565/15, Licitaciones de aplicaciones informáticas impugnada, y la anule en su integridad;*

*(ii) Subsidiariamente, respecto de lo pretendido en el número (i) anterior, declare la no conformidad a Derecho de la citada Resolución, anule la sanción impuesta a mi representada en el Dispositivo Tercero de la misma y declare que no corresponde imponer sanción alguna a mi representada.*

*(iii) Subsidiariamente, respecto de lo pretendido en los números (i) y (ii) anteriores, declare la no conformidad a Derecho de la citada Resolución, anule la sanción impuesta a mi representada en el Dispositivo Tercero de la misma y reduzca sustancialmente la misma (u ordene a la CNMC que la reduzca), de conformidad con las consideraciones realizadas en los Fundamento de Derecho I y J de la presente demanda.*

*(iv) En todo caso, condene a la Administración demandada a publicar a su costa el fallo de la Sentencia estimatoria que se dicte, en el plazo de dos meses desde que la misma sea dictada.*

*(v) Condene en costas a la Administración demandada".*

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

**TERCERO.** Una vez practicadas las pruebas admitidas a trámite, las partes presentaron los correspondientes escritos de conclusiones quedando posteriormente el recurso pendiente para votación y fallo. Y se fijó para ello la audiencia del día 10 de mayo de 2023 continuándose la deliberación en fechas sucesivas hasta el día 7 de septiembre.

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, GESEIN, S.L. impugna la Resolución sancionadora dictada en fecha 26 de julio de 2018 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente S/DC/0565/15 LICITACIONES DE APLICACIONES INFORMATICAS.

La referida resolución ha impuesto a la entidad GESEIN, S.L. una sanción de multa por importe de 320.969 euros por la comisión de una infracción única y continuada por su participación, junto con otras empresas competidoras, en la adopción de acuerdos y en la realización de prácticas concertadas anticompetitivas para el reparto, fijación de precios u otras condiciones comerciales así como para el intercambio de información comercial sensible en cuanto que, según la CNMC, obedecían a una estrategia y finalidad común.

La parte dispositiva de la resolución impugnada tiene el siguiente contenido:

*"Primero. Declarar acreditada una infracción muy grave de los artículos 1 de la Ley 15/2007 y 101 TFUE , constitutiva de cártel, en los términos establecidos en el Fundamento de Derecho Cuarto.*

*Segundo. Declarar responsables de dicha infracción a (...) GESEIN, S.L.*

*Tercero. De conformidad con la responsabilidad de cada empresa en la infracción a la que se refiere el resuelve anterior, proceden las siguientes sanciones:*

*(...)*

*-GESEIN, S.L.: 320.969 euros.*

*(...)"*

Concretamente, la CNMC ha considerado que las empresas sancionadas realizaron conductas anticompetitivas prohibidas en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 del TFUE consistentes en la realización de prácticas concertadas para el reparto del mercado de las licitaciones informáticas convocadas por distintas Administraciones Publicas en el mercado de tecnologías de la información en España, especialmente en relación con las actividades de desarrollo y mantenimiento de sistemas y aplicaciones. 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 de todas las empresas imputadas se ejecutaban de manera simultánea o sucesiva como integrantes de un objetivo, de un plan y de un comportamiento común consistente en la repetición de alianzas en las que participaron las empresas sancionadas, al menos, desde el mes de enero de 2005 hasta el mes de octubre de 2015.

En la resolución sancionadora se indica cual es el mercado relevante en el expediente sancionador refiriendo que el mercado de producto es el *"sector de servicios de informática y servicios conexos, especialmente en relación con las actividades de desarrollo y mantenimiento de sistemas y aplicaciones. Este sector cubre las funciones básicas utilizadas para suministrar todos los servicios de informática, entre los que se encuentran los programas de cómputo, procesamiento y almacenamiento de datos y servicios conexos, tales como servicios de consultoría y formación del personal de los clientes"* y, añade, que *"en el presente caso, las conductas objeto de análisis en el expediente de referencia afectan especialmente a las actividades de desarrollo y mantenimiento de sistemas y aplicaciones y, más concretamente, a los servicios de desarrollo y mantenimiento de software (pertenecientes a su vez a la categoría general de "servicios de tecnologías de la información"), que son demandados por grandes entidades, tanto públicas como privadas. La esencia del trabajo de desarrollo y mantenimiento de software, en cualquiera de sus variantes, consiste en automatizar los distintos tipos de actividades que se reproducen de manera recurrente en cualquier negocio o actividad, con el fin de armonizar los procedimientos relativos a los flujos de trabajo y documentos, los tramites internos y el movimiento de fondos. El desarrollo del trabajo depende en gran medida de la capacidad de los recursos humanos. La práctica general es que las grandes empresas de consultoría destinan a un grupo de trabajo específico que se integra como personal de apoyo en las empresas e instituciones que demandan los sistemas. Dada la especialización existente en el desarrollo y mantenimiento de aplicaciones y sistemas informáticos (también denominado desarrollo y mantenimiento de software), los recursos humanos no son fácilmente sustituibles en un periodo corto de tiempo".* Y concluye la CNMC diciendo que *"el mercado de producto relevante afectado por las conductas investigadas es el de servicios de tecnologías de la información (también denominado desarrollo y mantenimiento de software)"*.

En cuanto al mercado afectado la CNMC señala que *"las conductas analizadas en el expediente de referencia se habrían desarrollado en relación con licitaciones y contratos suscritos por administraciones públicas y organismos españoles, tanto de la Administración General del Estado como de distintas Comunidades Autónomas"*.

**SEGUNDO.** En el escrito de demanda presentado por la parte actora se solicita la nulidad de la resolución sancionadora impugnada o, subsidiariamente, que se reduzca el importe de la sanción de multa impuesta. Y ello en virtud de las siguientes consideraciones.

Refiere que la resolución impugnada es nula por cuanto vulnera los artículos 36 de la LDC, 44.2, 57.2, 58.1 de la LRJPAC y 9.3 y 24.2 de la Constitución toda vez que, se ha dictado en un expediente caducado ya que niega efectos suspensivos a la suspensión que se acordó para solicitar a las empresas afectadas el volumen de negocios del año 2017. Entiende que la CNMC ha instrumentalizado la figura de la suspensión de un procedimiento sancionador en claro fraude de ley porque ese volumen de negocios ya pudo solicitarse cinco meses antes lo que hubiera supuesto la innecesaridad de acudir a la figura de la suspensión.

Asimismo, como defecto formal determinante de nulidad, sostiene que la CNMC le ha ocasionado indefensión por cuanto que le ha denegado la práctica de pruebas esenciales que así había propuesto.

En cuanto a su concreta imputación niega que haya realizado o que haya participado en prácticas contrarias a la normativa de defensa de la competencia. Y afirma que los contactos que hubo entre las empresas competidoras no implicaban prácticas colusorias, sino que tuvieron como único objeto la constitución de las UTEs que eran necesarias atendiendo a las exigencias técnicas y económicas impuestas en los pliegos de las licitaciones, especialmente las que afectaban al personal técnico, que impedían a las empresas de pequeñas dimensiones, como es GESEIN (con una cuota de mercado inferior al 0,5% en el mercado de prestación de servicios de tecnología de la información para la administración), presentarse de forma individual y por eso acudían a través de UTE. Además, sostiene que, en todo caso, no concurre en su conducta culpabilidad por cuanto que, han sido los pliegos y las conductas de las distintas administraciones las que han obligado a las empresas sancionadas a agruparse en UTE o a participar como subcontratadas.

Por otra parte, refiere que, en todo caso, las prácticas colusorias imputadas no constituyen una infracción única y continuada como así se han calificado por la CNMC porque no consta estrategia alguna que relacione a todas las empresas, ni se ha acreditado la intención de contribuir a un plan común anticompetitivo. O, al menos, no hay prueba que acredite que la recurrente conociera o que pudiera conocer que estaba participando en el plan común referido por la CNMC en la resolución sancionadora.



Asimismo, destaca que las conductas imputadas estarían, en todo caso, exentas por aplicación del artículo 1.3 de la LDC y artículo 101.3 del TFUE porque han generado eficiencias ya que han contribuido a mejorar la producción de bienes y servicios y los consumidores y usuarios se han beneficiado de la existencia de UTEs y/o subcontrataciones.

No se ha acreditado por la CNMC, según dice, porque se le imputa también la comisión de la conducta prohibida en el artículo 101.3 del TFUE ya que no consta como se ha podido afectar al comercio entre los Estados miembros.

Y en cuanto a la sanción de multa impuesta refiere que es nula por falta de motivación y porque vulnera el principio de proporcionalidad. En este sentido expone que desconoce cuáles han sido las razones que han llevado a la CNMC a fijar como tipo sancionador global el 4% y, en su caso, el del 3,5%. Añade que tampoco se ha argumentado nada en relación con la estimación del beneficio ilícito potencial ni tampoco sobre los ajustes de proporcionalidad que se han realizado en favor de algunas empresas.

Por el contrario, el Abogado del Estado entiende en su escrito de contestación a la demanda que la resolución impugnada se ajusta al ordenamiento jurídico negando cada una de las alegaciones efectuadas por la recurrente en su escrito de demanda.

**TERCERO.** Iniciamos el análisis por las alegaciones formales invocadas por la recurrente y, entre ellas, la caducidad del expediente sancionador que implica, según afirma, la nulidad de la sanción impuesta porque se ha dictado en un expediente ya caducado.

El procedimiento sancionador se inició el 20 de abril de 2016 mediante acuerdo de incoación adoptado por la Dirección de Competencia lo cual, según dispone el artículo 36 de la LDC, implicaba que el plazo máximo para resolver el procedimiento debía finalizar el 20 de octubre de 2017. No obstante, durante la tramitación del expediente, el cómputo de dicho plazo máximo fue suspendido hasta en cuatro ocasiones y es la última suspensión la que la recurrente considera que se ha efectuado en fraude de ley lo que, a su juicio, debería determinar que no se computara porque se ha adoptado como mero ardid para eludir la caducidad del procedimiento al que la resolución impugnada pone fin.

La cuarta suspensión que discute la recurrente se acordó en fecha 26 de junio de 2018 y se notificó el 27 de junio de 2018 y se alzó mediante acuerdo de 14 de julio de 2018 con efectos a partir del día 15 de julio de 2018, indicando así que el nuevo término del plazo máximo de 18 meses expiraba el 8 de agosto de 2018. Suspensión que se acordó por el Consejo de la CNMC amparándose en el artículo 37.1.a) de la LDC al requerir a las empresas, el 26 de junio de 2018, información relativa tanto a su volumen de negocios total en el año 2017 como sobre la facturación en el mercado de tecnologías de la información desde el año 2005 al 2017 para lo cual concedió un plazo de diez días que fue posteriormente ampliado por cinco días. Transcurrido el plazo previsto en el Acuerdo de 26 de junio de 2018 y su ampliación acordada el 2 de julio, se efectuó el levantamiento de la suspensión del plazo máximo para resolver y notificar el expediente con fecha 14 de julio, reanudándose el mismo a partir del 15 de julio.

La recurrente sostiene que esa suspensión carece de motivación y pone de relieve que la misma no fue sino una instrumentalización artificiosa del instituto de la suspensión puesto que únicamente pretendía eludir la caducidad del procedimiento ya que no existía ninguna razón real justificativa. Y, por ello, concluye que ese plazo suspensivo no debería computarse a efectos de impedir la producción y declaración de la caducidad porque califica de fraudulenta la información solicitada -que se refería a la información sobre el volumen de negocios total del año 2017-. Y para justificar el fraude ley invocado refiere que desde la remisión de la Propuesta de Resolución por parte de la Dirección de Competencia al Consejo en fecha 30 de enero de 2018, el Consejo de la CNMC era perfectamente consciente de que dicha información era necesaria para poder resolver el procedimiento y por ello entiende que no está justificado que el Consejo de la CNMC espere casi 5 meses para solicitar la información de facturación que es imprescindible para el cálculo de la sanción.

Como hemos indicado la suspensión que se discute se efectuó por el Consejo de la CNMC indicando que: *"La información solicitada resulta un elemento de juicio necesario para resolver"* y se apoyó en el artículo 37.1.a) de la LDC que dispone que el plazo para resolver el expediente sancionador puede suspenderse mediante resolución motivada *"Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios [...]".*

Esta Sala rechaza esta alegación porque no compartimos con la recurrente que la decisión de la CNMC acordando la suspensión que ahora discute se haya adoptado de manera fraudulenta atendiendo exclusivamente a la fecha y al momento temporal en el que solicitó a las empresas su volumen de negocios correspondiente al ejercicio 2017 cuando es esta una información imprescindible para cuantificar el importe de la sanción de multa. Y acudimos a los razonamientos jurídicos recogidos en la sentencia dictada por el



Tribunal Supremo en fecha 15 de febrero de 2021 (recurso de casación nº 7363/2019) que interpreta el artículo 37.1.a) de la LDC a los efectos de determinar si la apertura del plazo extraordinario previsto en dicho precepto queda reservada para la reclamación de documentos necesarios y específicos del caso concreto que no se pudieron recabar en el plazo ordinario, o si ampara también el requerimiento de actuaciones establecidas como obligatorias por las normas de competencia para el procedimiento sancionador y que pudieron realizarse en el período ordinario. Y, en este sentido, el Tribunal Supremo declara que: *"La Ley no establece que este motivo de suspensión solo puede ser utilizado para reclamar documentos o actuaciones cuya necesidad se ha manifestado de forma inesperada y excepcional, excluyéndose aquellas actuaciones que solicita información o la práctica de diligencias que normalmente son necesarias en la tramitación de este tipo de procedimientos pero que no han sido practicadas antes de la finalización del plazo ordinario para resolver. La suspensión, según dicho precepto, procede cuando se precise la aportación de documentos y otros elementos de juicio que resulten "necesarios" para dictar la resolución oportuna"*. Además, el Tribunal Supremo, en relación con la petición de información a las empresas del volumen de negocios que tuvieron en el ejercicio anterior al de la imposición de sanción, dijo que: *"Se trataba, por tanto, de una información relevante que resultaba necesaria para la imposición de la sanción. Lo determinante de la licitud de los requerimientos y consiguiente suspensión no es la posibilidad de que los elementos probatorios pudieran haberse recabado antes sino que la información solicitada sea necesaria para dictar la resolución de fondo, y que la Administración no haya provocado esta situación de forma artificial persiguiendo una finalidad defraudatoria, cuestión que debe remitirse a la apreciación de las circunstancias concurrentes en cada caso y deberá resolver en función de su necesidad para dictar la resolución y la motivación de su reclamo. En STS nº 650/2018, de 23 de abril de 2018 (recurso 608/2016) este Tribunal ha rechazado las suspensiones ficticias, aquellas que se utilizan "como un mero ardid para eludir la caducidad de un procedimiento concreto. Si así ocurre, la suspensión así acordada (y el plazo suspensivo que de ella deriva) habrá de considerarse fraudulenta y por tanto no impedirá la aplicación de la norma que se ha tratado de eludir (ex art. 6.4 CC), de forma que esa suspensión no podrá impedir la producción y declaración de la caducidad del expediente". Pero, en este caso, no existen elementos que permitan sostener que la información solicitada, y la consiguiente suspensión acordada, fuese fraudulenta por entender que tan solo trataba de alargar el plazo de resolución del procedimiento para evitar la caducidad del procedimiento.*

*La circunstancia de que tales documentos pudieron reclamarse antes es insuficiente para apreciar que la suspensión perseguía una finalidad ilegítima. A tal efecto, resulta relevante destacar que la Administración ya había solicitado antes y dentro del plazo ordinario de resolución la información relativa al volumen de ventas de las empresas implicadas correspondiente al ejercicio 2013, en la creencia de que la resolución se dictaría en el 2014, pero la prolongación de la fase de instrucción hasta el 29 de diciembre de 2014, debido a la progresiva complejidad de la causa y el número de empresas implicadas, conllevó que la resolución sancionadora se dictaría en el 2015, por lo que el volumen de negocios de dichas empresas correspondiente al 2013 ya no era relevante para imponer la sanción y se necesitaba la información correspondiente al ejercicio 2014. Es cierto que entre el 29 de diciembre de 2014 y el 6 de abril de 2015 se pudo solicitar dicha información, pero ese mero retraso no convierte esta solicitud en fraudulenta".*

Sentencia en la que el Tribunal Supremo fija como doctrina jurisprudencial: *"que la posibilidad de suspender el plazo para resolver el expediente, prevista en el art. 37. 1.a) de la LDC ("Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios [...]"), procede cuando se precise la aportación de documentos y otros elementos de juicio que resulten "necesarios" para dictar la resolución oportuna. Lo determinante no es la posibilidad de que los elementos probatorios pudieran haberse recabado antes sino que la información solicitada sea necesaria para dictar la resolución de fondo, y que la Administración no haya provocado esta situación de forma artificial persiguiendo una finalidad defraudatoria, cuestión que debe remitirse a la apreciación de las circunstancias concurrentes en cada caso y deberá resolver en función de su necesidad para dictar la resolución y la motivación de su reclamo"*.

**CUARTO.** La recurrente apoya la nulidad de la resolución sancionadora indicando que se le ha ocasionado indefensión por cuanto que el Consejo de la CNMC no admitió las pruebas que había propuesto y que consideraba esenciales.

Concretamente, la recurrente proponía como prueba que se requiriese a las Administraciones Públicas afectadas por las prácticas investigadas, en relación con GESEIN, para que respondieran a las siguientes cuestiones: (a) Quién tenía el control sobre la redacción de los pliegos de las licitaciones y en qué medida y con qué impacto se requirió la colaboración de las empresas a tal efecto; (b) En qué medida las Administraciones Públicas licitantes cuyos pliegos se analizan en el expediente, obtenían ventajas o beneficios de la provisión de los servicios en forma de UTE y, en qué medida y con qué medios, las propias Administraciones fomentaron la proliferación de dichas UTEs; (c) Motivos de unificación de lotes e incremento en el número de técnicos por lote experimentada por las distintas licitaciones elaboradas por los organismos públicos cuyos pliegos



se analizan en el expediente; (d) Beneficios obtenidos por las Administraciones Públicas licitantes derivados del mantenimiento del personal que venía prestando los servicios de tecnologías de la información y qué mecanismos desarrollaron para asegurar la pervivencia en sus destinos de los recursos en cuestión; (e) Existencia de importantes descuentos sobre los precios de licitación o sobre las tarifas de los recursos y, explique que los descuentos sobre las tarifas son equivalentes a los descuentos sobre el precio de la licitación; (f) Confirmación de si en la práctica los requisitos exigidos por los pliegos de las licitaciones investigadas por la Dirección de Competencia supusieron que la gran mayoría de las empresas del sector no podía presentarse a los mismos en solitario; (g) Consideraciones sobre hasta qué punto las Administraciones Públicas podrían haber determinado en la práctica las condiciones de competencia en el mercado; (h) Constatación de que en ningún momento las prácticas investigadas en este expediente podían entenderse como secretas o desconocidas por la Administración licitante; (i) Constatación de que las propias administraciones públicas convocantes de las licitaciones intervinieron en las conductas investigadas que implicaba falta de culpabilidad de la actuación de la recurrente.

Y el Consejo de la CNMC rechazó la práctica de las pruebas propuestas porque consideró que la información que se pretendía requerir no aportaría valor añadido respecto de la información que ya obraba en el expediente.

Esta Sala rechaza la alegación de indefensión referida por la recurrente acogiendo la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo en relación con el rechazo de las pruebas propuestas en la vía administrativa y concluimos que, en el supuesto de autos, la CNMC ha rechazado de manera motivada la práctica de las pruebas propuestas por GESEIN; además, destacamos que la recurrente ahora en vía judicial se ha limitado a invocar la indefensión pero no ha justificado la necesidad de la práctica de esas pruebas en vía judicial puesto que ni siquiera se han propuesto en su escrito de demanda.

Así, el Tribunal Constitucional en las sentencias 37/2000, 19/2001 y 133/2003, dictadas en relación con el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, dice que *"... se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto objeto del proceso. Se trata de un derecho no absoluto, que no se ve menoscabado por la inadmisión de una prueba en aplicación estricta de las normas legales ( SSTC 1/1996 y 246/2000 ), y no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba conduce a entender producida una lesión en el meritado derecho de defensa, sino solo cuando comporta una efectiva indefensión ( SSTC 246/2000 y 35/2001 ). Se observa, por tanto, que la vulneración del derecho fundamental exige dos circunstancias, por un lado, la denegación inmotivada o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable, y por otro lado, que dicha denegación ocasione efectiva indefensión, lo que ocurrirá cuando la prueba denegada o impracticada sea decisiva en términos de defensa, correspondiendo al recurrente la carga de alegar y fundamentar la relevancia de las pruebas no practicadas. A lo que se añade la exigencia del artículo 88.2 de la Ley de la Jurisdicción de haber pedido la subsanación de la falta o transgresión en la instancia, de existir momento procesal oportuno para ello"*.

El Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 22 de febrero de 2013, rec. 4934/2009, se pronuncia sobre el alcance del derecho de defensa y la denegación de prueba oportunamente solicitadas. Y si bien lo hace en relación con el proceso judicial, en la medida en que en los procedimientos administrativos sancionadores está en juego también el artículo 24 de la Constitución, resulta trasladable a dicho ámbito. Concretamente, en la citada sentencia se dice que: *"El derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, que consagra el artículo 24.2 de la Constitución , según refiere el Tribunal Constitucional en la sentencia 74/2004, de 22 de abril , que es objeto de reiteración, en términos sustanciales, en las sentencias 165/2004, de 4 de octubre , 3/2005, de 17 de enero , 244/2005, de 10 de octubre , 30/2007, de 12 de febrero y 22/2008, de 31 de enero , tiene el siguiente significado y contenido constitucionales:*

*«a) Este derecho fundamental, que opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye solo el derecho a la recepción y practica de las que sean pertinentes ( SSTC 168/1991, de 19 de julio ; 211/1991, de 11 de noviembre ; 233/1992, de 14 de diciembre ; 351/1993, de 29 de noviembre ; 131/1995, de 11 de septiembre ; 1/1996, de 15 de enero ; 116/1997, de 23 de junio ; 190/1997, de 10 de noviembre ; 198/1997, de 24 de noviembre ; 205/1998, de 26 de octubre ; 232/1998, de 1 de diciembre ; 96/2000, de 10 de abril , FJ 2), entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el thema decidendi ( STC 26/2000, de 31 de enero , FJ 2).*

*b) Puesto que se trata de un derecho de configuración legal, es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos ( SSTC 149/1987, de 30 de septiembre ; 212/1990, de 20 de diciembre ; 87/1992, de 8 de junio ; 94/1992, de 11 de junio ; 1/1996 ; 190/1997 ; 52/1998, de 3 de marzo ; 26/2000 , FJ 2), siendo solo admisibles los medios de prueba autorizados por el ordenamiento ( SSTC 101/1989, de 5 de junio*



; 233/1992, de 14 de diciembre ; 89/1995, de 6 de junio ; 131/1995 ; 164/1996, de 28 de octubre ; 189/1996, de 25 de noviembre ; 89/1997, de 10 de noviembre ; 190/1997 ; 96/2000 , FJ 2).

c) *Corresponde a los Jueces y Tribunales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas, no pudiendo este Tribunal Constitucional sustituir o corregir la actividad desarrollada por los órganos judiciales, como si de una nueva instancia se tratase. Por el contrario, este Tribunal solo es competente para controlar las decisiones judiciales dictadas en ejercicio de dicha función cuando se hubieran inadmitido pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad arbitraria o irrazonable o cuando la falta de práctica de la prueba sea imputable al órgano judicial ( SSTC 233/1992, de 14 de diciembre, FJ 2 ; 351/1993, de 29 de noviembre, FJ 2 ; 131/1995, de 11 de septiembre, FJ 2 ; 35/1997, de 25 de febrero, FJ 5 ; 181/1999, de 11 de octubre, FJ 3 ; 236/1999, de 20 de diciembre, FJ 5 ; 237/1999, de 20 de diciembre, FJ 3 ; 45/2000, de 14 de febrero, FJ 2 ; 78/2001, de 26 de marzo , FJ 3).*

d) *Es necesario asimismo que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo, que sea "decisiva en términos de defensa" ( SSTC 1/1996, de 15 de enero, FJ 2 ; 219/1998, de 17 de diciembre, FJ 3 ; 101/1999, de 31 de mayo, FJ 5 ; 26/2000, FJ 2 ; 45/2000 , FJ 2). A tal efecto, hemos señalado que la tarea de verificar si la prueba es decisiva en términos de defensa y, por tanto, constitucionalmente relevante, lejos de poder ser emprendida por este Tribunal mediante un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo. ( SSTC 1/1996, de 15 de enero ; 164/1996, de 28 de octubre ; 218/1997, de 4 de diciembre ; 45/2000 , FJ 2).*

e) *La anterior exigencia se proyecta en un doble plano: de una parte, el recurrente ha de razonar en esta sede la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas ( SSTC 149/1987, de 30 de septiembre, FJ 3 ; 131/1995, de 11 de septiembre , FJ 2); y, de otra, quien en la vía de amparo invoque la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes deberá, además, argumentar de modo convincente que la resolución final del proceso a quo podría haberle sido favorable, de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia ( SSTC 116/1983, de 7 de diciembre, FJ 3 ; 147/1987, de 25 de septiembre, FJ 2 ; 50/1988, de 2 de marzo, FJ 3 ; 357/1993, de 29 de noviembre , FJ 2), ya que solo en tal caso, comprobado que el fallo pudo, acaso, haber sido otro si la prueba se hubiera admitido, podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo busca amparo ( SSTC 30/1986, de 20 de febrero, FJ 8 ; 1/1996, de 15 de enero, FJ 3 ; 170/1998, de 21 de julio, FJ 2 ; 129/1998, de 16 de junio, FJ 2 ; 45/2000, FJ 2 ; 69/2001, de 17 de marzo , FJ 28)".*

*En análogo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2003, recurso núm. 4996/1998 , señala que "Conforme a la doctrina reiterada de este Tribunal y del Tribunal Constitucional, el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes que, como elemento inseparable del derecho mismo a la defensa, opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado y consiste en que las pruebas pertinentes sean admitidas y practicadas por el Juez o Tribunal que no podría desconocer ni obstaculizar su efectivo ejercicio, sin que ello implique, como recuerda el Tribunal Constitucional «desapoderar a los órganos jurisdiccionales de la competencia que les es propia para apreciar la pertinencia, por relación al thema decidendi, de las pruebas propuestas, ni liberar a las partes de la carga de argumentar la trascendencia de las que propongan. Pero basta con que la inejecución sea imputable al órgano judicial y la prueba impracticada sea decisiva en términos de defensa para que, en principio, el supuesto quede cubierto por la garantía constitucional» ( STC 59/1991, de 14 de marzo , F. 2).*

*El derecho de toda persona a quien se atribuye la comisión de una infracción disciplinaria a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa ( artículo 24.2 de la Constitución ) no es un derecho ilimitado, que obligue al Instructor del expediente a admitir y practicar todas pruebas que el interesado proponga. El derecho no resulta vulnerado si las pruebas que se rechazaron eran innecesarias para el enjuiciamiento de la falta disciplinaria, o los datos de hecho que se pretendía acreditar con ellas figuraban suficientemente justificados en el expediente disciplinario.*

*Como ha reconocido también esta Sala y Sección en las precedentes sentencias de 24 de noviembre de 1999 y 24 de febrero de 2003 , las denunciadas denegaciones y omisiones de pruebas al respecto, no impiden ni implican infracción del artículo 24.2 de la Constitución , que, justamente, alude a pruebas pertinentes, en el sentido de relevantes, lo que conduce a la conclusión de que la sentencia recurrida no es nula de pleno derecho, en este punto, como se desprende de una reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, reflejada, por ejemplo, en sentencias como las de 27 de septiembre de 1988 , 23 de enero y 22 de febrero de 1989 , 15 de febrero de 1990 y 29 de noviembre de 1993 , entre otras, que excluyen de tal derecho a la utilización de pruebas a aquellas que no se relacionan con el objeto del proceso, o que sean impertinentes, inútiles, innecesarias o inidóneas, o*



que no guardan conexión con aquel, tomando en cuenta su genuino contenido, delimitado aquí por el Acuerdo originario impugnado.

En todo caso, en materia de valoración probatoria, ha declarado esta Sala que la interpretación de la voluntad manifestada en los dictámenes, en los informes y en los documentos obrantes en las actuaciones judiciales y en el expediente administrativo, es una labor que corresponde a la Sala de instancia y la revisión que de esa previa valoración de la prueba en su conjunto hacia el Tribunal a quo, no tiene cabida objetiva en sede casacional después de la Ley 10/92, de 30 de abril, pues como ha reiterado la jurisprudencia de este Tribunal (en sentencias de 25 de enero, 8 y 26 de mayo, 2 de diciembre de 1989, 2 y 13 de marzo de 1990, 11 de marzo, 7 de mayo y 30 de julio de 1991, 7 y 20 de mayo de 1994), han de respetarse los hechos de la resolución recurrida, siendo inadmisibles la casación cuando se parte de conclusiones fácticas contrarias o distintas, pues la Sala de casación ha de atenerse a la resultancia probatoria apreciada por la sentencia de instancia.

Es doctrina reiterada y constante de esta Sala, que no es procedente en el recurso de casación hacer un supuesto de la cuestión, dada la naturaleza extraordinaria y específica que reviste el recurso, que no permite proceder en el a una revisión de las pruebas, convirtiéndolo en una tercera instancia, y este recurso no consiste en contraponer el resultado probatorio al que llega subjetivamente el recurrente, al obtenido por la Sala de instancia, no habiéndose alegado como infringidos preceptos o jurisprudencia en que se contengan criterios específicos para la valoración de la prueba sometida a la sana crítica, como han reconocido las sentencias de la Sala Tercera, Sección Quinta del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1994, de la Sala Tercera, Sección Segunda, de 27 de mayo de 1994, de la Sección Séptima de la Sala Tercera de 28 de diciembre de 1994 y 21 de marzo de 1995 y de la Sección Cuarta de la Sala Tercera de 14 de octubre de 1994, entre otras sentencias".

**QUINTO.** Rechazadas las alegaciones formales invocadas por la recurrente debemos analizar si, como refiere la CNMC, las empresas sancionadas -entre ellas, la recurrente- han actuado de forma concertada realizando prácticas colusorias constitutivas de una infracción única y continuada consistentes en el reparto del mercado, la fijación de precios u otras condiciones comerciales así como en el intercambio de información comercial sensible para la ejecución de un plan común en la participación de las licitaciones públicas de servicios de tecnologías de la información convocadas por diversas administraciones públicas. La CNMC ha entendido que esas conductas suponían la ejecución de un plan global de actuación tendente al reparto del mercado entre las empresas por cuanto han 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 conjuntamente en la prestación de servicios a varios organismos públicos y que, además, respondían a un modus operandi generalizado entre las empresas. Y, según la CNMC, esas conductas han supuesto una restricción de la competencia al reducir de forma artificial e injustificada la competencia entre las empresas.

En la resolución impugnada se relatan cuáles han sido esos patrones de comportamiento común que, según la CNMC, evidenciaban la existencia de acuerdos anticompetitivos como eran el uso reiterado de las UTEs para la participación en las licitaciones, así como el uso de la figura de las subcontrataciones preferentes. Y en este sentido se recoge en la resolución impugnada que: "*La colaboración entre las empresas se ha materializado, principalmente, a través de su participación en UTE en los distintos contratos licitados, constatándose una inusual y excesiva coincidencia de empresas que colaboran de esta forma ya sea en contratos de un mismo organismo o en varios de ellos. Se observa, igualmente, como las empresas hacen un uso interesado e ilícito de la figura de la subcontratación, con condiciones que incluyen acuerdos de no competencia entre la empresa subcontratada y la UTE subcontratista, asegurándose así la empresa subcontratada un porcentaje de facturación y unas condiciones más ventajosas en relación con otras empresas subcontratadas a cambio de no participar en ofertas alternativas que pudieran competir por la adjudicación de los servicios licitados, es decir, los acuerdos contienen pactos de no competencia.*" Y se añade: "*Estamos, por tanto, ante la instrumentalización interesada y forzada de una serie de figuras jurídicas, como son las UTE y las subcontrataciones, que sirven de excusa a las empresas para simular una situación de normalidad competitiva en los procedimientos de licitación pública y enmascarar así una serie de acuerdos para repartirse los contratos con el propósito de mantener inalteradas y permanentes sus alianzas a lo largo de un considerable periodo de tiempo*" y "*esta necesidad de colaboración entre empresas para licitar a estos contratos no justifica, a juicio de esta Sala, ese patrón inusual y extendido de comportamiento consistente en acudir, sistemáticamente y de manera conjunta, en colaboración a un número elevado de licitaciones públicas*". Conductas respecto de las cuales la CNMC resalta que "*no estamos ante conductas puntuales entre las empresas que pudieran obedecer a una necesidad concreta de colaborar, sino más bien ante un patrón de comportamiento arraigado en el tiempo que ha permitido a las empresas repartirse un gran número de contratos públicos en lugar de competir por ellos con la ventaja que ello hubiese supuesto para la competencia, para la Administración y para la sociedad*".

Por otra parte, la CNMC sostiene que la actuación de las empresas sancionadas a través de las UTEs no respondía a una necesidad objetiva derivada de los pliegos de la contratación, sino que respondían a



estrategias empresariales con claros intereses de carácter anticompetitivo pues, a su juicio, las empresas tenían capacidad suficiente para acudir de forma individual a las licitaciones. Y esa forma de actuación respondía, según la CNMC, a un plan común de actuación que deduce del hecho de que en los contratos con la AEAT se apreciaba un mismo patrón de comportamiento al observar como las empresas SAG, INDRA y CIBERNOS mantenían una alianza permanente que alcanzaba a todos los contratos analizados; alianza a la que se incorporan, según la clase de contrato, bien IBM o bien GESEIN participando así en forma de UTE en la que siempre estaban INDRA, SAG y CIBERNOS. Comportamiento común que la CNMC también aprecia en relación con los contratos celebrados con GISS pues igualmente observa una reiterada coincidencia en los distintos acuerdos de colaboración de las empresas SAG, INDRA, THALES/CONNECTIS, ATOS y BABEL a las que, en algunas ocasiones, se incorpora GESEIN y CIBERNOS. Igualmente, la CNMC concluye que esa identidad de empresas se produce también en los contratos del SEPE al estar siempre presentes SAG, INDRA, GESEIN, ATOS y THALES/CONNECTIS y en cuyas UTEs aparece siempre ACCENTURE.

Y, en relación con las subcontrataciones preferentes en los acuerdos de colaboración, la CNMC señala que *"se buscan alternativas aparentemente licitas para seguir manteniendo las alianzas entre las empresas con fines anticompetitivos. (...) Es revelador en el caso de las subcontrataciones el hecho de que permitan un mantenimiento de los porcentajes que las empresas arrastran de alianzas en contratos anteriores"*. Y añade que, además, al subcontratado se le imponía la exigencia de exclusividad de tal forma que este no podía participar en el contrato en competencia con la UTE ni podía prestar su personal o conocimiento a otras entidades no participes en la prestación previa de los servicios. Y, según afirma la CNMC, con las subcontrataciones se bloqueaba a los operadores de pequeñas dimensiones la posibilidad de crear una alianza alternativa y, como señala la CNMC, *"ello solo se puede lograr si se tiene en cuenta que hay operadores como INDRA y SAG que, al tener capacidad económica y técnica para prestar servicios de tecnologías de la información en diversas administraciones públicas de forma simultánea, si pueden influir en la toma de decisiones de empresas de menor dimensión que desean expandir sus servicios profesionales a todo el ámbito de la administración y que, dada su dimensión, requieren de estas grandes empresas para lograr este objetivo. (...) Con ello los operadores de menor dimensión también se aseguran el mantener su participación en los servicios y, por tanto, su posición en el statu quo preexistente, ya que, en el momento en el que se pudieran generar ofertas alternativas, ambas empresas líderes pueden tener capacidad para captar a sus trabajadores, o bien expulsarlas de la prestación de servicios para un contrato determinado"*.

Conductas que la CNMC relata que, al menos, se desarrollaron a partir del mes de enero del año 2005 hasta el mes de octubre de 2015, fecha en la que se inician las actuaciones inspectoras.

La CNMC insiste en que esos mecanismos de actuación solo son entendibles porque forman parte de un plan común de actuación e integrador de las distintas conductas colusorias al tener las empresas competidoras sancionadas un comportamiento común que perseguía una estrategia común de actuación que era anticompetitiva. Y, además, refiere que era anticompetitiva porque la homogeneidad de funcionamiento ha permitido a las empresas obtener una cierta estabilidad en los contratos durante largos periodos de tiempo toda vez que la dinámica era repetitiva y las empresas acababan sistematizando el comportamiento. Y ello, según la CNMC, permite considerar que no se trataba de una conducta puntual o esporádica y fruto del normal funcionamiento del mercado, sino más bien de un plan ideado por las empresas para falsear la competencia y adoptar decisiones anticompetitivas.

Por el contrario, las empresas sancionadas, y entre ellas la recurrente, niegan que la colaboración entre ellas se debiera a la ejecución de un plan común que pudiera integrar una infracción única y continuada como así se ha declarado por la CNMC atendiendo a los diversos mecanismos de colaboración entre las empresas. Y, especialmente, discrepan en cuanto a la interpretación que debe darse a los contactos que mantuvieron las empresas competidoras en la constitución de UTEs y en las subcontrataciones.

**SEXTO.** Debemos así analizar si, en este caso concreto, la constitución de las UTEs y la actuación en UTE de las empresas sancionadas era válida y conforme a las reglas de la competencia. Es esta una cuestión esencial dada la importancia que en la operativa de participación en las licitaciones ha tenido la utilización de la Unión Temporal de Empresas lo que aparece destacado en la resolución misma al advertir que la mayoría de las adjudicaciones se hizo bajo esta forma de participación en ejecución del plan común de actuación de las empresas sancionadas.

El análisis de esta cuestión exige partir del hecho de que las UTEs no suponen en sí mismas una restricción de la competencia y pueden, por el contrario, contribuir a asegurar esta, especialmente en los procesos de licitaciones en los que, de no acudir a dicha forma de colaboración, algunas empresas no podrían participar en los mismos. Es decir, la utilización de UTE para participar en procedimientos de licitación puede, en algunas ocasiones, tener efectos positivos, al facilitar el acceso a la financiación de grandes inversiones y permitir la participación de empresas que pongan en común recursos complementarios.



Las UTEs se rigen por la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Industrial Regional, cuyo artículo 2 revela ya la preocupación del legislador por la incidencia que la actividad de estas formas organizativas puede tener en materia fiscal y de defensa de la competencia, por lo que previene que tanto las UTEs deben estar sometidas a vigilancia permanente por parte de las autoridades de ambos ámbitos: *"Las actividades y repercusiones económicas de las Agrupaciones de Empresas y Uniones Temporales de Empresas serán objeto de especial vigilancia por el Ministerio de Hacienda, para constatar si su actividad se ha dedicado exclusivamente al cumplimiento del objeto para el que fueran constituidas. El cumplimiento de esta función se realizará por la Inspección Financiera Tributaria, sin perjuicio, y con independencia de la aplicación por los Organismos o Tribunales correspondientes de las medidas ordinarias o especiales establecidas o que se establezcan para evitar actividades monopolísticas o prácticas restrictivas de la competencia"*.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, es ejemplo también de dicha prevención frente a la posible utilización de la UTE para encubrir prácticas anticompetitivas, y así establece en su artículo 69.2 que *"Cuando en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación apreciaran posibles indicios de colusión entre empresas que concurren agrupadas en una unión temporal, los mismos requerirán a estas empresas para que, dándoles plazo suficiente, justifiquen de forma expresa y motivada las razones para concurrir agrupadas. Cuando la mesa o el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por las empresas, estimase que existen indicios fundados de colusión entre ellas, los trasladará a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que, previa sustanciación del procedimiento sumarísimo a que se refiere el artículo 150.1, tercer párrafo, se pronuncie sobre aquellos"*.

De acuerdo con esta caracterización, en la Sentencia de 30 de julio de 2018, recurso núm. 566/2016, ya decíamos que la UTE implica un sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado, para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro, sin que esta colaboración tenga personalidad jurídica. También en la de 15 de octubre de 2012, F.J. 5º, advertíamos que *"la creación de UTEs en sí mismas no constituyen un acuerdo anticompetitivo y los acuerdos para su formación deben analizarse en función de las características de las empresas que lo forman y del contexto concreto en que se producen"*.

Y para examinar las posibles restricciones a la competencia generadas por la concurrencia bajo el sistema de colaboración que suponen las UTEs debemos partir de lo establecido en el párrafo 237 de la Comunicación de la Comisión de Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal (DOCE 14 de enero de 2011), según el cual, *"Por lo general no es probable que un acuerdo de comercialización suscite problemas de competencia si es objetivamente necesario para que una parte pueda introducirse en un mercado al que no hubiera podido acceder individualmente o con un número de partes menor que el que participa realmente en la cooperación, por ejemplo, debido a los costes implicados. Una aplicación concreta de este principio serían los arreglos de consorcio que permiten a las empresas implicadas participar en proyectos que no podrían emprender individualmente (...)"*.

La explicación que incorpora la propia Comunicación es particularmente esclarecedora al añadir en este mismo apartado que *"Como las partes del arreglo de consorcio no son, por lo tanto, competidores potenciales en la ejecución del proyecto, no existe restricción alguna de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1"*.

Apunta de este modo, como criterio determinante para enjuiciar el alcance anticompetitivo de la UTE, el de su necesidad objetiva o la indispensabilidad de esta forma organizativa de modo que, si la intervención de varias empresas bajo una UTE es necesaria, objetivamente, para que puedan participar en una licitación -por exigirle así razones económicas, geográficas, técnicas o de otra índole-, se entiende que los acuerdos que puedan adoptar encaminados a tomar parte en la misma no resultan anticompetitivos, y ello por el hecho de que las empresas no son competidoras entre sí, pues no podrían concurrir de manera individual.

Acerca de la aplicación y de la incidencia que sobre la participación de UTEs en procedimientos de licitación tiene la Comunicación sobre acuerdos de cooperación horizontal se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de marzo de 2021, recurso núm. 1363/2020, que recopila y sistematiza la doctrina del Tribunal de Justicia sobre esta materia. Razona dicha sentencia, en cuanto a la referida Comunicación, que *"... es oportuno reiterar aquí lo señalado por esta Sala en la ya citada sentencia nº 43/2019, de 21 de enero (casación 4323/2017, F.J. 3º), seguida luego por la sentencia nº 66/2019, de 28 de enero (casación 1396/2017, F.J. 3º), acerca de la eficacia y virtualidad de tales Directrices. Como señalábamos en aquellas ocasiones, las Directrices y las Comunicaciones de la Comisión en materia de Derecho europeo de competencia no despliegan efectos jurídicos vinculantes para los órganos jurisdiccionales y las autoridades nacionales. Así lo destacan las STJUE de 14 de junio de 2011, Pfeleiderer (C-360/09, Rec. p. I-5161), apartado 21; en un*



sentido similar también la sentencia de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión (C- 189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425), apartado 209, conforme a la cual las comunicaciones publicadas por la Comisión no pueden calificarse de norma jurídica, así como la sentencia de 29 de septiembre de 2011, Arkema/Comisión (C-520/09 P, Rec. p. I-8901 apartado 88), conforme a la cual las comunicaciones publicadas por la Comisión no establecen más que reglas de conducta. Ahora bien, tales directrices, en cuanto recogen los criterios fijados por la jurisprudencia, pueden ser tomadas en consideración como un instrumento útil de interpretación en la materia. Podemos, por tanto, referir que el artículo 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que hemos transcrito con anterioridad (antiguo artículo 81.3 TCE) debe interpretarse en el sentido de que contiene una excepción a lo establecido en los dos apartados anteriores; y sobre el significado y alcance de tal excepción existe un cuerpo de doctrina jurisprudencial del TJUE de la que hicimos reseña en nuestra sentencia nº 1375/2018, de 17 de septiembre (casación 2452/2017, FF.JJ. 8º y 9º) a la que antes nos hemos referido. Siguiendo la línea interpretativa del Tribunal de Justicia, en esa sentencia citada de 17 de septiembre de 2018 señalábamos (F.J. 8º) que, a efectos de determinar la adecuación o disconformidad de una conducta con el Derecho de la Competencia, para que opere la excepción prevista en el artículo 101.3 TFUE, que exime de la prohibición establecida en el artículo 101.1, es necesario que se cumplan acumulativamente los cuatro requisitos anotados, a saber: 1º) que el acuerdo contribuya a mejorar la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico; 2º) que los consumidores participen de forma equitativa en el beneficio resultante; 3º) que no se impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos, y, 4º) que no se ofrezca a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate".

Además, el Tribunal Supremo aborda la cuestión de a quién corresponde justificar la concurrencia de los requisitos que autorizan la aplicación del artículo 81.3 -101.3 del Tratado-, y se remite en esto a la sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2009 (asuntos acumulados C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P). En dicha sentencia el Tribunal de Justicia hace las consideraciones siguientes:

"78. La Comisión sostiene que el Tribunal de Primera Instancia aplicó erróneamente la jurisprudencia relativa al reparto de la carga de la prueba y al grado de prueba exigido en el marco del artículo 81 CE, apartado 3. Censura el apartado 242 de la sentencia recurrida, así como los apartados 269 y 303 de dicha sentencia, que remiten a la jurisprudencia, a los criterios y a los principios aplicables al control de las concentraciones. Ahora bien, a su juicio, no existe ninguna analogía entre el examen de los efectos contrarios a la competencia de una concentración y el de la aplicación del artículo 81 CE, apartado 3.

79. A diferencia de los asuntos sobre concentraciones en los que, según la Comisión, las partes notificantes no soportan ninguna carga de la prueba particular, es reiterada jurisprudencia que, en el contexto de la referida disposición, corresponde a las empresas interesadas presentar a la Comisión pruebas que demuestren que el acuerdo cumple los requisitos establecidos por dicha disposición. La Comisión invoca, para fundamentar su demostración, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión (56/64 y 58/64, Rec. p. 429), así como de 17 de septiembre de 1985, Ford-Werke y Ford of Europe/Comisión (25/84 y 26/84, Rec. p. 2725).

(...)

82. Es necesario señalar, por un lado, que, en los apartados 233 a 236 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia recordó la jurisprudencia, los principios y los criterios que rigen la carga de la prueba y el grado de prueba exigido en lo que respecta a la petición de exención con arreglo al artículo 81 CE, apartado 3. Puso de manifiesto, acertadamente, que corresponde a quien invoca dicha disposición demostrar, mediante argumentos y pruebas convincentes, que concurren los requisitos exigidos para obtener una exención (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de julio de 1985, Remia y otros/Comisión, 42/84, Rec. p. 2545, apartado 45).

83. Por tanto, la carga de la prueba incumbe a la empresa que solicita que se le aplique la exención con arreglo al artículo 81 CE, apartado 3. Sin embargo, los elementos de hecho que invoca dicha empresa pueden obligar a la otra parte a dar una explicación o una justificación sin la cual es posible concluir que se ha satisfecho la carga de la prueba (véase, en este sentido, la sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 279)".

El Tribunal Supremo transcribe además el siguiente párrafo de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de enero de 2004 (asunto T-67/01): "Compete a la empresa solicitante aportar todos los elementos acreditativos necesarios para demostrar la justificación económica de una exención y demostrar que satisface cada uno de los cuatro requisitos exigidos por el artículo 81 CE, apartado 3, que tienen carácter cumulativo (sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1984, VBVB y VBBB/Comisión, antes citada, apartados 52 y 61, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de julio de 1992, Publishers Association/Comisión, T-66/89, Rec. p. II-1995, apartado 69). Asimismo, corresponde a esta empresa demostrar que las restricciones causadas a la competencia cumplen los objetivos que persigue el artículo 81 CE, apartado 3, y que estos últimos

*no pueden alcanzarse sin dichas restricciones ( sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 28 de febrero de 2002, Compagnie générale maritime y otros/Comisión, T-86/95 , Rec. p. II-1011, apartado 381)".*

Y, en esa misma línea, recuerda que la Comunicación de la Comisión de Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal señala en su apartado 48 que cuando en un caso concreto se haya demostrado la presencia de una restricción de la competencia a efectos del artículo 101.1 del Tratado, puede invocarse la excepción contemplada en el apartado 3, añadiendo la misma Comunicación, con cita del artículo 2 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas "(...) *la carga de la prueba de los dispuesto en el artículo 101, apartado 3, recaerá en la empresa o empresas que invoquen esta disposición. Por lo tanto, los argumentos de hecho y las pruebas presentadas por la empresa o empresas deben permitir a la Comisión llegar a la convicción de que es suficientemente probable que el acuerdo en cuestión produzca efectos favorables a la competencia o de que no lo es*". en los artículos 81 y 82 del Tratado (hoy artículos 101 y 102 del TFUE), que

También en igual sentido reitera la cita de la antes mencionada sentencia del TJUE de 6 de octubre de 2009 que, en su párrafo 92, declara que para que un acuerdo pueda quedar exento con arreglo al artículo 81.3 TCE (hoy 101.3 del TFUE) es necesario que contribuya a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, contribución que no puede identificarse con todas las ventajas que las empresas que participan en dicho acuerdo obtienen del acuerdo en relación con su actividad "... *sino con ventajas objetivas apreciables que puedan compensar los inconvenientes que el acuerdo genera en el ámbito de la competencia (véase, en este sentido, la sentencia Consten y Grundig/Comisión, antes citada, pp. 502 y 503)*".

Finalmente, el Tribunal Supremo identifica la cuestión sobre la cual debía pronunciarse con el objeto de la formación de jurisprudencia, que sería la de "... *determinar en qué supuestos cabe considerar que un acuerdo de asociación entre competidores, para participar en un concurso público, constituye una práctica restrictiva de la competencia por el objeto o por sus efectos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , en consonancia con lo dispuesto en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , y acerca de delimitar cuáles son los factores de naturaleza económica o jurídica que debe tomar en consideración la autoridad de competencia*". A lo que añade que "*También tiene por objeto precisar el alcance del artículo 1.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , a los efectos de delimitar cuáles son los presupuestos y requisitos exigibles para aplicar la excepción contenida en dicho precepto legal, en relación con los acuerdos de cooperación horizontal, entre empresas competidoras, formalizados a través de la constitución de una Unión Temporal de Empresas creada ad hoc para participar en licitaciones públicas. Más concretamente, en los términos que refiere el Auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 30 de octubre de 2020, la cuestión planteada en el recurso de casación que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consisten en interpretar los artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE , en consonancia con lo establecido en las Directrices Horizontales de la Comisión Europea, a fin de aclarar en qué condiciones resulta aplicable la excepción contenida en los citados preceptos en relación con acuerdos de cooperación horizontal y, más concretamente, en relación con la creación de UTEs para participar en licitaciones de concursos públicos*".

No obstante, y atendidos los términos en que se planteaba la controversia que analiza el Tribunal Supremo, concluye lo siguiente: "*Ahora bien, es obligado señalar que en el presente recurso de casación -igual que en el proceso de instancia- no ha existido en realidad controversia sobre la interpretación que debe darse a los artículos 1.3 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101.3 TFUE , ni sobre la jurisprudencia que los interpreta y aplica. Más bien al contrario, la sentencia recurrida en casación hace diversas referencias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de este Tribunal Supremo en relación con tales preceptos, sin que los recurrentes en casación hayan manifestado discrepancias con las nociones y categorías jurídicas a que se refiere la sentencia. Donde las recurrentes discrepan de la sentencia recurrida es en la valoración que en ella se hace de los datos y elementos de prueba disponibles, y, en definitiva, en la delimitación de las circunstancias fácticas concurrentes en el caso concreto que se examina...*".

Por ello, y en cuanto a la formación de doctrina jurisprudencial acerca de la interpretación del artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con lo dispuesto en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, declara que "*Conforme a los razonamientos jurídicos expuestos, esta Sala considera que, puesto que no existen cuestiones jurídicas a dilucidar; y dado que las cuestiones de hecho quedan excluidas del recurso de casación ( artículo 87 bis. 1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ), no siendo revisable en casación la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia, no resulta necesario modificar, completar ni matizar la jurisprudencia que hemos dejado reseñada en el fundamento jurídico segundo de esta sentencia*".

Todo lo cual evidencia, en definitiva, la necesidad de realizar un análisis en cada supuesto que tenga en cuenta las circunstancias concurrentes, no solo de las empresas que participan en la licitación, sino de las condiciones



de esta en la medida en que puedan determinar la necesidad objetiva o indispensabilidad de concurrir en una UTE.

**SÉPTIMO.** Atendiendo a la anterior doctrina jurisprudencial, corresponde ahora a este Tribunal analizar si concurrían razones competitivas que pudieran justificar la intervención de las empresas, entre ellas la recurrente, en forma de UTE en las licitaciones públicas convocadas por diversas administraciones públicas en el mercado analizado en la resolución ahora impugnada. Y para ello debemos determinar si existía una necesidad objetiva que justificase la concurrencia de la recurrente junto con otras empresas bajo este sistema de colaboración entre empresas, tal y como las conceptúa el artículo 7. Uno de la Ley 18/1982, de 26 de mayo.

Ese análisis implica valorar determinados elementos de prueba siendo conscientes de que, como ya decíamos en la sentencia dictada en fecha 9 de junio de 2016 (recurso 551/13), *"En este tipo de actuaciones 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"*.

Esta Sala no comparte la tesis de la recurrente y, al igual que la CNMC, consideramos que la constitución de las UTEs y la participación a través de UTE en las licitaciones públicas convocadas no respondían a parámetros de necesidad objetiva ni competitiva. Y ello por los siguientes motivos.

En este sentido, este Tribunal destaca que en ninguno de los acuerdos de constitución de las UTEs se hacía referencia a la necesidad de su constitución atendiendo a razones técnicas o económicas a la vista de las exigencias de las licitaciones públicas en las que se participaba en forma de UTE. Al contrario, en la memoria del acuerdo de constitución de la UTE se aludía siempre a la experiencia de las empresas que formaban parte de la UTE lo cual, en realidad, lo que implicaba era el mantenimiento del statu quo preexistente sin que, en ningún caso, se recogiera referencia alguna a la necesidad de participar de forma conjunta atendiendo a los exigentes y concretos requisitos técnicos, económicos o de personal que se hubieran podido exigir en los pliegos de las licitaciones. Destacamos la justificación expresada en la memoria de la constitución de la UTE formada por SAG/INDRA/GESEIN/CIBERNOS para participar en el Contrato C 68/06 con la AEAT en la que se decía: *"La experiencia de las cuatro empresas aliadas en este tipo de trabajos aconseja la formación de esta Unión Temporal para permitir la prestación de los servicios contratados a plena satisfacción por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria"*. Idéntica justificación se aprecia en las memorias de constitución de la UTE SAG/INDRA/GESEIN/CIBERNOS para participar en la licitación del Contrato AV/42/10 de la AEAT y para la constitución de la UTE formada por SAG/INDRA/GESEIN/CIBERNOS para su participación en la licitación del Contrato PA/20/2014 de la AEAT. En ningún momento se ha aludido a las exigencias técnicas y económicas de los pliegos de las licitaciones como causa que justificase la constitución y participación de las empresas bajo la forma de UTE que, sin embargo, si se mencionan ahora en el escrito de demanda como causa que justificaba la participación de la recurrente en forma de UTE pero esta afirmación es una mera alegación por cuanto que carece de cualquier apoyo probatorio. Por otra parte, entendemos que la alegación de que la participación en forma de UTE se debía a las exigencias técnicas y económicas de los pliegos de las licitaciones resulta contradictoria con el comportamiento de las empresas puesto que, ha quedado acreditado que las empresas sancionadas mantenían contactos para participar en forma de UTE cuando aún no se conocían cuáles podían ser las exigencias técnicas de los pliegos de contratación puesto que no se había publicado la convocatoria de las licitaciones. En este sentido, destacamos como en el Contrato 7201/14G con GISS las empresas INDRA y SAG se comunicaron por correo electrónico meses antes de que se convocara el concurso, concretamente el 11 de diciembre de 2013, diciendo: *"los pliegos de la GISS avanzan, y ya hay información suficiente y suficientemente sólida como para que nosotros, INDRA y SAG, comencemos a diseñar la estrategia de presentación que no es sencilla."* Es también llamativo el correo electrónico de INDRA de 15 de



enero de 2014 en relación con esa misma licitación cuando refiere *"se piensa en un modelo de colaboración con SAG por presencia en el cliente y por interés del mismo, estableciendo colaboraciones con otras empresas CONNECTIS, ATOS, BABEL y NEXT donde el resto de las empresas presentes en la actualidad vengan como subcontratadas"*. Así, como el correo de INDRA de 9 de julio de 2014 donde dice *"me sorprende la poca concurrencia...jejejeje. Claro, todos están con nosotros jajaja"*.

Otro elemento indiciario que lleva a este Tribunal a entender que, en este caso, las UTEs no eran licitas desde el punto de vista del derecho de la competencia es que los porcentajes de participación de las distintas empresas en las UTEs no se determinaban ni por los medios técnicos ni por la capacidad económica que pudiera disponer cada una de las empresas partícipes; al contrario, los porcentajes de participación se mantenían en los diversos contratos en los que licitaban como así se aprecia en el correo remitido por INDRA a SAG, CIBERNES e IBM tras la reunión celebrada el 3 de marzo de 2015 al decir, en relación con licitaciones que se dividían en lotes, que *"se acuerda articular de alguna manera que se mantengan o se tiendan a mantener los porcentajes de negocio actuales aunque tengamos UTEs separadas"*; *"se acuerda una propuesta de descuento conjunto para ambas ofertas"*; *"quedamos en pasarnos las ofertas técnicas para no presentar ofertas técnicas muy diferentes"*; *"enviar propuesta de descuento rondando el 1,05%"*.

Asimismo, constatamos que la constitución de UTEs respondían a estrategias empresariales y no a necesidades objetivas por razones técnicas o económicas cuando INDRA en relación con los concursos de la AEAT afirma que *"Tenemos que pensar si jugamos a la posibilidad de UNA sola oferta o si contemplamos la existencia de VARIAS. Evidentemente el resultado de la estrategia es totalmente diferente" o " Virtudes , debemos decidir si apostamos por concurrir solo a este concurso con IBM como subcontratado o por el contrario proponemos ir en UTE"*. Y también cuando en relación con los contratos del SEPE, SAG comenta la intención de INDRA: *"Caso de no ir juntos, no ve mal la idea de no hacernos daño y respetar un lote para cada uno"*. Manifestaciones que demuestran que las empresas tenían capacidad suficiente para acudir, al menos en ciertas licitaciones, de manera individual o en alianzas de menor envergadura; y, por otra parte, insistimos en que, en ningún momento, en esas manifestaciones se indicaba que la dificultad para poder acudir de forma individual fuera debido a las exigencias técnicas o económicas del pliego de las licitaciones.

Esta Sala comparte así la argumentación dada por la CNMC cuando señala que *"la justificación de la conformación de UTE responde así a planteamientos estratégicos de las empresas que, en gran medida, están orientados al mantenimiento de un status quo, toda vez que aquellas empresas que venían prestando un servicio a un determinado organismo se aseguran, cuando el acuerdo logra su objetivo, perpetuar su posición en los contratos sucesivos"*.

**OCTAVO.** En definitiva, la constitución de UTEs y la participación a través de UTEs en las licitaciones públicas analizadas no respondía a criterios competitivos, sino que formaban parte de una estrategia común y de un comportamiento común de las empresas sancionadas para mantener inalterada su posición en el mercado analizado.

Comportamiento común que se manifestó no solo con la constitución de las UTEs, sino también a través de otras actuaciones colusorias llevadas a cabo por las empresas sancionadas que respondían a un mismo objetivo, como era la de mantener inalterada su posición en el mercado impidiendo la competencia entre ellas e impidiendo la entrada de terceras empresas en el mercado analizado. Y en esta línea destacamos el uso de las subcontrataciones preferentes como otra manifestación de esas prácticas colusorias en cuanto que exigían exclusividad al subcontratado que le impedía participar en el contrato en competencia con la UTE. Destacamos la (i) subcontratación de IBM por la UTE INDRA/SAG/CIBERNOS en 2015 al salir IBM de la UTE preexistente a la que perteneció en contratos anteriores de la AEAT; (ii) subcontratación de SAG por la UTE INDRA/CONNECTIS/ATOS en el lote 12 del expediente 7202/06G de la GISS; (iii) subcontrataciones de ATOS, CONNECTIS y CIBERNOS en el expediente 7201/13G de la GISS y (iv) subcontrataciones de ATOS, CONNECTIS y GESEIN en el expediente 7201/14G.

Y este Tribunal acoge los razonamientos efectuados por la CNMC respecto de la ilicitud de las subcontrataciones cuando sostiene que *" Con ello los operadores de menor dimensión también se aseguran el mantener su participación en los servicios y, por tanto, su posición en el statu quo preexistente, ya que, en el momento en el que se pudieran generar ofertas alternativas, ambas empresas líderes pueden tener capacidad para captar a sus trabajadores, o bien expulsarlas de la prestación de servicios para un contrato determinado"* .

Otras manifestaciones distintas de la constitución de UTEs y de las subcontrataciones que, según este Tribunal, acreditan también la existencia de esa actuación concertada se aprecia en las siguientes conductas:

(i) Se acuerda un sistema de regularizaciones que pretendía que cada empresa facturase el porcentaje pactado inicialmente fijando para ello un mecanismo de compensaciones. Así, cuando se producían desequilibrios en los porcentajes de facturación, porque una de las empresas del acuerdo facturaba un porcentaje superior o



inferior al pactado inicialmente, se aplicaba el sistema de compensación que implicaba que las empresas que habían facturado por encima del porcentaje pactado debían compensar a las empresas que no habían alcanzado los porcentajes iniciales. Regularizaciones que, al menos, se llevaron a cabo en los concursos 08/06, AV 42/10, PA 20/2014, C 03/07, AV 10/11 de la AEAT y PA 2/2015, 7201/13G de la GISS o PA 7/14 del SEPE.

(ii) Se intercambiaron información comercial sensible al compartir los perfiles profesionales y curriculum vitae del personal técnico de las empresas participes que resultaba esencial en este mercado ya que era la principal variable competitiva entre las empresas.

(iii) En los contratos relacionados con el Entorno SAR para administraciones autonómicas y locales se realizaron contactos colusorios específicos entre INDRA y SAG al decir que el objeto del acuerdo de colaboración entre ellas era *"establecer las bases de la colaboración entre ambas empresas para la identificación y gestión de todas aquellas oportunidades objeto de este contrato y que se circunscriban a los trabajos o a la prestación de los..."* y se añadía que *"se negociará la modalidad de gestión del contrato (UTE, Consorcio, Contratista principal/subcontratado, etc) dependiendo de las condiciones de la oportunidad y del escenario para cada empresa. Por defecto se entiende que la modalidad de UTE es la forma de gestión a aplicar en todas las oportunidades de concurrencia conjunta"*. Y, además, se decía que la colaboración entre las empresas era *"con carácter de exclusividad y se comprometen a no participar por si o por medio de sociedades interpuestas, en otras ofertas alternativas, ya sea como contratista principal o subcontratista"*. Acuerdos de colaboración que también se negociaron entre SAG y EVERIS dada la experiencia y capacidad de EVERIS en el ámbito SAPO.

(iv) Realizaron ofertas de cobertura para simular la concurrencia competitiva en algunos contratos en las que habrían participado las empresas SAG, ATOS, INDRA, CIBERNOS, IECISA y BABEL.

(v) Se cedieron entre SAG y ATOS las Claves de Patrimonio para poder acudir a la contratación centralizada de la administración pública.

Comportamientos todos ellos que apreciados de forma conjunta por este Tribunal le llevan a la conclusión de que implican una serie de conductas que perseguían el reparto de contratos públicos de gran relevancia económica, técnica y funcional lo cual pone de manifiesto una inusual e inexplicable coincidencia de grupos de alianzas que se mantuvieron en un gran número de contratos y que, en algunos casos, se extendieron a varios organismos públicos siendo esta estabilidad un claro indicio de la existencia de acuerdos encubiertos entre las empresas para eliminar la concurrencia competitiva en los procedimientos de contratación en los que participaron. Por otra parte, aunque este exceso de repetición de alianzas ya constituye un elemento muy decisivo a la hora de considerar que estamos ante una infracción de las normas de competencia, lo cierto es que hay muchos otros elementos de prueba adicionales que llevan a concluir que estas alianzas no provenían de una colaboración necesaria que viniese impuesta por la administración, sino que fueron consecuencia de una estrategia tendente al reparto de los contratos con el objeto de mantener inalterada su posición de estas en el mercado con un patrón inusual y extendido de comportamiento consistente en acudir, sistemáticamente y de manera conjunta, en colaboración a un número elevado de licitaciones públicas. Este comportamiento se extiende a una gran cantidad de contratos y a varios organismos públicos por lo que no estamos ante conductas puntuales entre las empresas que pudieran obedecer a una necesidad concreta de colaborar, sino más bien ante un patrón de comportamiento arraigado en el tiempo que ha permitido a las empresas repartirse un gran número de contratos públicos en lugar de competir por ellos con la ventaja que ello hubiese supuesto para la competencia. Estamos, por tanto, ante la instrumentalización interesada y forzada de una serie de figuras jurídicas, como son las UTE y las subcontrataciones, que sirvieron a las empresas como excusa para simular una situación de normalidad competitiva en los procedimientos de licitación pública y enmascarar así una serie de acuerdos para repartirse los contratos con el propósito de mantener inalteradas y permanentes sus alianzas a lo largo de un considerable periodo de tiempo.

En definitiva, todos los comportamientos analizados llevan a este Tribunal a concluir que los contactos entre las empresas competidoras implicaba la existencia de un plan común de actuación que permite su integración en la infracción única y continuada que la resolución impugnada ha imputado a las empresas sancionadas. Y ello porque las conductas realizadas por las empresas sancionadas respondían a un plan preconcebido y a un patrón común de comportamiento que se repitió en las diferentes licitaciones públicas analizadas para mantener así las posiciones de las empresas en el mercado y, además, presentaban un vínculo de complementariedad que contribuían a la realización de un objetivo conjunto con efectos contrarios a la competencia buscados por sus autores en el marco de un plan global del que todos los participantes tenían conocimiento (demostrado o presunto). En este sentido, deducimos la idea de unicidad y la de continuidad de la infracción al concurrir (i) unidad de objetivos comunes entre las conductas realizadas, (ii) identidad de los productos y servicios afectados, (iii) identidad de las empresas que han participado en la infracción; (iv) identidad en los métodos empleados y (v) coincidencia temporal de las conductas.



Y, al igual que la CNMC, este Tribunal entiende que los comportamientos analizados llevados a cabo de forma conjunta por las empresas competidoras constituyen, al amparo del artículo 1.1.a) de la LDC, conductas colusorias prohibidas en cuanto que dicho precepto prohíbe aquellos acuerdos que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia que permiten su calificación como infracción por el objeto porque basta con que puedan producir efectos anticompetitivos.

En definitiva, este Tribunal considera que, en el caso analizado, los acuerdos colusorios sancionados constituyen una 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, lo cual, tal como se recoge por el Tribunal Supremo en la sentencia de 1 de marzo de 2018, hace innecesario examinar los efectos anticompetitivos producidos en el mercado.

**NOVENO.** Por otra parte, entendemos también que esas conductas colusorias, a diferencia del criterio de la recurrente, se han calificado correctamente como cártel por parte de la CNMC por cuanto que tienen encaje en la definición de cártel dada por la disposición adicional 4.2 de la LDC, tanto en la redacción original de la Ley 15/2007 como en la redacción modificada del RDL 9/2017.

En la redacción original, la disposición adicional 4.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, decía: *"A efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones"*. Y el artículo 3.3 del Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, dio nueva redacción a la disposición adicional 4.2 LDC en la forma siguiente: *"A efectos de lo dispuesto en esta ley se entiende por cártel todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia"*.

El Preámbulo del Real Decreto Ley 9/2017 explica que las modificaciones que introduce en la LDC sirven a los objetivos exigidos por la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, incluyendo en la transposición algunas de las definiciones del artículo 2 de la Directiva -entre las que se encuentra la definición de cártel que nos ocupan- objeto de permitir una mejor comprensión de los restantes preceptos de la LDC: *"Por último, se incorporan al ordenamiento jurídico español en la disposición adicional cuarta de la Ley 15/2007, de 3 de julio, una serie de definiciones incluidas en el artículo 2 de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, con objeto de permitir una mejor comprensión de los restantes preceptos de la citada ley."*

Con esta modificación operada por el Real Decreto Ley 9/2017, la definición de cártel incorporada a la disposición adicional 4.2 LDC es por coincidente con la definición de la Directiva 2014/104/UE, que en su artículo 2, apartado 14, dice lo siguiente: *"cár tel": todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia"*.

Esta definición de cártel está reiterada, con igual contenido literal, en el Considerando 2 del Reglamento (UE) 2015/1348 de la Comisión, de 3 de agosto de 2015, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 773/2004 relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE y en el artículo 1, apartado 11, de Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior.

**DÉCIMO.** Aunque hemos declarado que los comportamientos realizados por las empresas sancionadas son anticompetitivos y constituyen una infracción única y continuada, no obstante debemos analizar si la



recurrente ha participado en esos comportamientos toda vez que, en su escrito de demanda, niega esa imputación alegando que su actuación a través de las UTEs y de las subcontrataciones se apoyaron siempre en razones competitivas.

Concretamente, tal como se recoge por la CNMC en la resolución impugnada, GESEIN participó en los acuerdos alcanzados en los concursos convocados por la AEAT relativos al mantenimiento de los sistemas y aplicaciones que se llevaron a cabo en el Departamento de informática Tributaria de la AEAT tales como el Contrato C 68/06 junto con las empresas SAG, INDRA y CIBER **NOS** en forma de UTE; en el Contrato AV 42/10 que es la continuación del contrato C 68/06 y en el Contrato PA 20/2014 continuación de los anteriores que también se adjudicó a la UTE con los mismos miembros. La CNMC destaca que GESEIN *"ha desempeñado un papel activo como participe en las distintas UTE que han resultado adjudicatarias de dichos concursos, en las negociaciones e intercambio de información comercial sensible entre las empresas participantes y en la toma de decisiones en relación con los distintos aspectos relativos a la adopción e implementación de los acuerdos alcanzados para mantener la situación competitiva preexistente"*. Asimismo, la CNMC señala que GESEIN también formó parte de los acuerdos alcanzados en relación con el reparto de los concursos de servicios informáticos licitados por la GISS (7202/06G, 7201/10G y 7201/14G) resultando adjudicataria del lote 13 del expediente 7202/06G en forma de UTE con INDRA así como del lote 10 del expediente 7201/10G, que daba continuidad al lote 13 anterior, en UTE con INDRA y con UNISYS. Asimismo, la CNMC destaca que GESEIN fue subcontratada en condiciones preferenciales en el lote 2 del concurso 7201/14G del GISS. Y, respecto de los expedientes licitados por el SEPE, el lote 6 del concurso C11/08 fue adjudicado a la UTE formada por INDRA/ACCENTURE/GESEIN/CORITEL. Y en el concurso PA 11/12 las empresas INDRA, ACCENTURE y GESEIN se presentaron en UTE a los lotes 7 y 8, resultando adjudicatarias del lote 8 y, pese a que ACCENTURE resultó adjudicataria en solitario de los lotes 9 y 10 en las negociaciones entre INDRA, ACCENTURE y GESEIN, en relación con la continuidad de estos servicios en el concurso PA 7/14, se tomaron como base para el reparto de las participaciones entre INDRA, ACCENTURE y GESEIN los datos de los lotes 8, 9 y 10 del concurso PA 11/12.

Atendiendo a la imputación concreta efectuada por la CNMC a la recurrente, GESEIN, apreciamos que la participación de la recurrente en las prácticas colusorias y, por tanto, su imputación se ha desarrollado por su participación en la constitución de las UTEs y posterior adjudicación de las licitaciones a las UTEs de las que formaba parte, así como a través de la figura de las subcontrataciones en algunas licitaciones.

En definitiva, la CNMC ha considerado que la actuación de la recurrente formaba parte de la ejecución de un plan común en cuanto que su comportamiento coincidía con el del resto de las empresas competidoras al participar en forma de UTE o mediante subcontrataciones. Y como, efectivamente, los comportamientos realizados por la recurrente coinciden con los desarrollados por las otras empresas este Tribunal se remite a los razonamientos precedentes en los que hemos concluido que eran prácticas concertadas colusorias que no eran competitivas. Y, además, entendemos que el recurrente no solo participó en esas prácticas colusorias sino que tuvo a su disposición elementos objetivos claros definidos en los anteriores fundamentos de derecho, tanto en el momento de la constitución de las UTEs como de su participación con las subcontrataciones, que permiten concluir que conocía o que pudo conocer que su participación en las licitaciones con las figuras de las UTEs y de las subcontrataciones implicaban prácticas anticompetitivas con otras competidoras que permiten encuadrar su conducta en una infracción única y continuada aunque no se haya participado ni en todos los comportamientos colusorios ni en todas las licitaciones analizadas en la resolución impugnada lo cual, no obstante, tendrá consecuencias en la determinación de la gravedad de la antijuridicidad de su conducta a los efectos de cuantificar, en su caso, el importe de la sanción de multa.

Por todo lo expuesto, este Tribunal concluye que la recurrente conocía la existencia del plan común de actuación porque participó en forma de UTE o a través de la subcontratación cuyas exigencias -especificadas en los anteriores fundamentos de esta sentencia- debieron llevarle a pensar que no eran relaciones contractuales competitivas, lo cual permite encuadrar su conducta en la consideración de infracción única y continuada porque tal como se dice en la sentencia de 24 de junio de 2015 del Tribunal de Justicia: *"...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)". Igualmente destacamos en esta misma línea la doctrina fijada por el Tribunal de Justicia en la sentencia del Asunto T-Mobile cuando destaca en sus párrafos 61 y 63 que:

"61. (...) Dado que ha quedado demostrado que dichas empresas han llegado a concertar su comportamiento y que han permanecido activas en el mercado, está justificado exigir que aporten la prueba de que dicha concertación no ha influido en su comportamiento en el referido mercado.

(63). Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión que, siempre que la empresa participante en la concertación permanezca activa en el mercado de que se trate, es aplicable la presunción de que existe una relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento de dicha empresa en el mercado, incluso si la concertación se basa solamente en una única reunión de las empresas interesadas".

Esta Sala, por tanto, concluye que la recurrente si conocía la existencia de los acuerdos adoptados entre las empresas competidoras en el mercado de servicios de desarrollo y mantenimiento de software. Y, en consecuencia, las pruebas obtenidas en torno a la intervención de la entidad recurrente en el plan común permiten a esta Sala, en el ejercicio de sus facultades sobre libre valoración de la prueba, concluir que existen indicios suficientes de la responsabilidad de la entidad actora en la infracción única y continuada, de carácter complejo, que se le imputa prevista tanto en el artículo 1 de la LDC como en el artículo 101 del TFUE porque, en este caso, se ha visto afectado también el comercio intracomunitario toda vez que, como refiere la CNMC, "...en la definición de los mercados afectados, el mercado de tecnologías de la información, también denominado desarrollo y mantenimiento de software, pese a haber sido tradicionalmente definido en los precedentes de la Unión Europea como de ámbito nacional, presenta una clara tendencia a la internacionalización. Así, el hecho de que la mayoría de las empresas incoadas sean multinacionales y que desarrollen sus actividades en diversos países, participando en concursos y licitaciones de otros estados europeos, incide en que puedan verse afectadas, al menos potencialmente, actividades transfronterizas. Asimismo, los acuerdos y prácticas concertadas acreditadas en el presente expediente han podido incidir en la capacidad de competir de terceros operadores, nacionales y europeos, en las licitaciones públicas afectadas por lo que se considera que se cumple el requisito de incidencia en el comercio dentro de la Unión Europea".

**DECIMOPRIMERO.** La recurrente sostiene que, en todo caso, no puede apreciarse culpabilidad en su participación y conocimiento del plan común imputado porque señala que los contactos entre las empresas competidoras con anterioridad a la convocatoria de las licitaciones se debía a que podían conocer previamente las exigencias de las licitaciones, incluso antes de su convocatoria, porque las empresas INDRA y SAG tenían contactos dentro de la administración contratante que luego trasladaban al resto de las empresas para preparar ya la constitución de UTEs. Situación que, según la recurrente, tiene virtualidad para excluir la imputación por la realización de dichas conductas sancionadas, por cuanto esa intervención y responsabilidad pública debe implicar que desaparezca la culpabilidad de la conducta necesaria para que, en su caso, la infracción sea perseguible y sancionable.

Para dar respuesta a este motivo de impugnación acudimos a la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2017, rec. 2468/2015, que recoge la jurisprudencia del Tribunal General de la Unión Europea, recogida, entre otras, en las sentencias de 18 de junio de 2010 (asunto T549/08, apartado 71), 16 de septiembre de 2013 (asunto T-3/07, apartado 53) y 18 de junio de 2014 (asunto T-260/, apartado 84), y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, expresada en las sentencias de 18 de julio de 2007 (asunto C213/06, apartado 33) y 26 de enero de 2017 (asunto C-611/13, apartado 44). Sentencias en las que se declara que el derecho a invocar la falta de culpabilidad invocando el principio de protección de la confianza legítima exige que concurren tres requisitos acumulativos:

1. La Administración debe haber dado al interesado garantías precisas, incondicionales y coherentes que emanen de fuentes autorizadas y fiables.
2. Estas garantías deben poder suscitar una esperanza legítima en el ánimo de aquel a quien se dirigen.
3. Las garantías dadas deben ser conformes con las normas aplicables.

El Tribunal Supremo, que ha aplicado el principio de confianza legítima al derecho de la competencia, ha señalado que dicho principio debe ser interpretado de forma restrictiva y siempre en el ámbito de la legalidad. No basta con su alegación respecto de cualquier actuación de la Administración que induzca a error, siendo necesario examinar las circunstancias de cada caso. Y así ha señalado de forma reiterada que la aplicación del principio de confianza legítima en el ejercicio de la potestad sancionadora en el ámbito de la competencia exige la concurrencia de dos presupuestos básicos: (i) la existencia de signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes y que (ii) dichos signos induzcan razonablemente al particular a confiar en la legalidad de la actuación administrativa de tal manera que las situaciones de confusión



normativa e incertidumbre jurídica pueden generar legítimamente en las empresas confianza en la legalidad de las conductas, excluyendo el elemento de intencionalidad, negligencia o culpa que exige el artículo 63.1 de LDC para que la autoridad de la competencia pueda sancionar con multa a los operadores económicos que infrinjan lo dispuesto en la Ley.

De esta forma, lo primero que debe analizarse es si la actuación de las administraciones públicas comunicando a las empresas los pliegos de las licitaciones con anterioridad a su publicación se ha ajustado a la legalidad, ya que como ha señalado el Tribunal Supremo *"prevalece el principio de legalidad frente a un comportamiento manifiestamente contrario a la propia legalidad, aun cuando la conducta de la Administración pueda haber sido equívoca"*. Y como señala el apartado 2 del artículo 4 de la LDC, las disposiciones sobre las conductas prohibidas por la LDC *"se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes o las empresas públicos sin dicho amparo legal"*.

En el presente caso, ninguna norma de rango legal ampara las prácticas objeto de investigación ni las exime de la aplicación de la LDC. Y, como ha afirmado el Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de diciembre de 2017, *"no podían desconocer, por tanto, empresas importantes del sector como lo eran las sancionadas, las exigencias del derecho de la competencia, ni ser llamadas a engaño por una actuación de la Administración más o menos equívoca en cuanto a la admisibilidad del comportamiento de las empresas sancionadas"*. En el presente caso es evidente que las prácticas realizadas no eran conformes con las normas de competencia, aun cuando contaran con la participación en algunas ocasiones de las administraciones públicas convocantes de las licitaciones.

**DECIMOSEGUNDO.** Finalmente, la entidad actora impugna el sistema de determinación de la sanción de multa porque, según expone, carece de motivación y es desproporcionada.

En la determinación del importe de la sanción de multa, tal como se recoge en la resolución impugnada, la CNMC ha tenido en cuenta los criterios fijados en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013, en la que se indicaba que los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC debían concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador que debían individualizarse en función de la gravedad de las conductas y especifica que la expresión "volumen de negocios total" del artículo 63.1 de la LDC, como base sobre la que calcular el porcentaje de multa establecido para cada tipo de infracción, no queda limitada a una parte sino al "todo" de aquel volumen. Y dentro de ese arco sancionador la multa deberá determinarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la LDC, entre ellos la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota de mercado de la empresa responsable, el alcance de la infracción, su duración, el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos, o los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción.

Criterios estos que la CNMC ha recogido y especificado en la resolución impugnada en la que la infracción analizada se ha calificado como muy grave, a la que se asocia una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de las sanciones, esto es, en el caso analizado año 2017. Y recuerda que, con arreglo a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, dicho 10% marca el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica, por lo que dicho porcentaje, el 10%, debe reservarse como respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría.

En esa labor, la CNMC en la resolución impugnada ha indicado que existen factores que permiten considerar la conducta como especialmente lesiva y dañina dentro de las prohibidas por el artículo 1 de la LDC como son que la cuota de mercado conjunta de las empresas participantes en la conducta es en torno al 40%; el mercado geográfico afectado es el español en su totalidad por lo que es susceptible de afectar al comercio interior de la Unión Europea; es una conducta de larga duración pues, al menos, abarca desde 2005 hasta el momento de la realización de la inspección en 2015. Razones que llevan a la CNMC a justificar que el tipo sancionador global se fije, con carácter general, en el 4%, añadiendo que *"además, se ha tenido en cuenta que las administraciones públicas han podido tener cierta incidencia en el mantenimiento de los acuerdos, si bien en ningún caso puede descargarse en este hecho la responsabilidad de las empresas"*.

La resolución, además, individualiza las multas, diciendo que: *"Para valorar la efectiva dimensión de la conducta de cada empresa (art.64.1.a) se consideró el número de administraciones públicas afectadas por la conducta de cada una de las empresas, el número de licitaciones afectadas, los lotes adjudicados y los lotes finalmente no adjudicados pero afectados por los acuerdos, y para ponderar los datos anteriores, el importe total de los lotes adjudicados a las UTE en las que participó cada empresa, del que puede estimarse, a partir de los datos*



*del expediente, la parte que cabe asociar a cada empresa. Estos datos permiten valorar la participación de cada una de las empresas en la infracción y permiten individualizar el tipo sancionador que corresponde aplicarles".*

A la vista de lo expuesto, este Tribunal entiende que el sistema seguido por la CNMC para cuantificar el importe de la multa permite valorar e individualizar la densidad antijurídica de la conducta de cada una de las empresas para poder así individualizar el tipo sancionador que debe aplicarse a cada empresa en la determinación del importe final de las multas que deba imponerse a cada una de las empresas. Datos que, en el caso de la recurrente, llevan a la CNMC a la fijación del tipo sancionador del 3,5% que aplica al volumen de negocios total de la empresa en el año 2017.

Entiende la Sala que estas pautas interpretativas son, en efecto, clara consecuencia de la doctrina del Tribunal Supremo, sin que en aplicación de esta la resolución haya incurrido en la falta de motivación que denuncia la parte recurrente puesto que el interesado conoce los motivos y criterios que han llevado a la CNMC a fijar el importe concreto de la sanción de multa y, aunque la recurrente refiere que desconoce porque se le ha aplicado el tipo sancionador del 3,5%, lo cierto es que esa determinación concreta no solo tiene amparo en el artículo 63 de la LDC que fija el máximo en el porcentaje del 10% sino que la CNMC, en el ejercicio de su potestad sancionadora, ha justificado porque los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la LDC apreciados todos ellos en su conjunto llevan a la aplicación del tipo sancionador del 3,5% frente al de otras empresas sancionadas a las que ha aplicado un tipo sancionador superior atendiendo a una mayor gravedad de su concreta participación en las conductas imputadas. Y como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, AC-Treuhand AG *"a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, apartado 181)"*.

Tampoco apreciamos vulneración en el principio de proporcionalidad porque entendemos que en este caso la aplicación del tipo sancionador de 3,5% es proporcionado a la gravedad y características de la infracción cometida sin que, en su caso, la CNMC apreciara motivos que pudieran llevar a un ajuste de proporcionalidad en la determinación del importe de la multa porque no se apreció -ni la actora ha demostrado ahora en vía judicial más allá de efectuar alegaciones al respecto- que la aplicación del tipo sancionador del 3,5% al volumen de negocios total de la empresa pudiera resultar desproporcionado.

Finalmente, no podemos apreciar la discriminación invocada por la recurrente porque no concurre identidad de situaciones respecto de aquellas empresas que son multiproducto en las que la CNMC ha considerado que la aplicación del tipo sancionador al volumen de negocios total de empresas multiproducto podría resultar una sanción desproporcionada y, en esos casos, ha fijado una sanción que se ha considerado proporcional y suficientemente disuasoria.

**DECIMOTERCERO.** La íntegra desestimación del recurso implica la condena en costas a la entidad recurrente de conformidad con el artículo 139.1 de la LJCA.

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

## FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo nº **771/2018**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Joaquín Fanjul de Antonio que actúa en nombre y en representación de la mercantil GESEIN, S.L., contra la Resolución dictada en fecha 26 de julio de 2018 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente S/DC/0565/15 LICITACIONES DE APLICACIONES INFORMATICAS, que le impuso una sanción de multa por importe de 320.969 euros. Resolución que ahora confirmamos porque entendemos que es conforme con el ordenamiento jurídico en todo aquello que afecta a la recurrente.

Se imponen a la parte actora 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.