



Roj: **SAN 4796/2023 - ECLI:ES:AN:2023:4796**

Id Cendoj: **28079230062023100642**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **26/09/2023**

Nº de Recurso: **752/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000752/2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 7061/2018

Demandante: SOFTWARE AG ESPAÑA S.A.

Procurador: GLORIA ROBLEDO MACHUCA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D^a. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiséis de septiembre de dos mil veintitrés.

Se ha visto ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número **752/2018**, el recurso contencioso-administrativo formulado por **SOFTWARE AG ESPAÑA S.A.**, representada por la procuradora doña Gloria Robledo Machuca contra el acuerdo de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 26 de julio de 2018, en el marco del expediente sancionador S/DC/0565/15 LICITACIONES DE APLICACIONES INFORMÁTICAS.

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

ANTECEDENTES DE HECHO



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

SEGUNDO.- Se formalizó la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando se «*[(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 el Fundamento de Derecho I, J 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. [...]»

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

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

QUINTO.- Por providencia de 23 de mayo se dio traslado, al amparo del artículo 33 de la LJCA, a otras empresas implicadas en el procedimiento sancionador para que se pronunciaran sobre la posible caducidad del procedimiento, con el resultado obrante en autos.

SEXTO.- Se llevó a cabo nuevo señalamiento para el día 6 de septiembre de 2023; fecha en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo formulado por SOFTWARE AG ESPAÑA S.A. (en adelante SAG) el acuerdo de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 26 de julio de 2018, en el marco del expediente sancionador S/DC/0565/15 LICITACIONES DE APLICACIONES INFORMÁTICAS.

Este acuerdo estableció en su parte dispositiva «*[P]rimero. Declarar acreditada una infracción muy grave de los artículos 1 de la Ley 15/2007 y 101 del TFUE , constitutiva de cártel, en los términos establecidos en el Fundamento de Derecho Cuarto.*

Segundo. Declarar responsables de dicha infracción a ACCENTURE S.L. y solidariamente a ACCENTURE OUTSOURCING SERVICES S.A.; a ATOS SPAIN S.A.; a BABEL SISTEMAS DE INFORMACIÓN S.L.; a CIBERNOS CONSULTING S.A.; a CONNECTIS ICT SERVICES S.A.; a EVERIS SPAIN S.L.; a GESEIN S.L., INTERNATIONAL BUSINESS MACHINES S.A.; a INDRA SISTEMAS S.A.; a NEXT COMPUTER SERVICES S.A., y a SOFTWARE AG ESPAÑA S.A.

Tercero. De conformidad con la responsabilidad de cada empresa en la infracción a la que se refiere el resuelve anterior, proceden las siguientes sanciones: (...) - SOFTWARE AG ESPAÑA S.A.: 6.015.852 euros [...]».

Destacamos los siguientes extremos relevantes para la resolución del presente litigio que se recogen en el acuerdo sancionador y que enmarcan los términos en los que se desarrolló el procedimiento.

1.- Con fecha 8 de mayo de 2015 tuvo entrada en la CNMC un correo electrónico de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT) por el que, en aplicación de lo previsto en la disposición adicional vigésima tercera del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (TRLCSP), se puso en conocimiento de la CNMC el resultado de la licitación para los servicios de desarrollo y mantenimiento de los sistemas y aplicaciones de administración electrónica del Departamento de Informática Tributaria (número de expediente 14840210300).

2.- Ello dio lugar a que el 12 de mayo de 2015, la Dirección de Competencia (DC) acordase la apertura de unas diligencias previas de investigación bajo la referencia DP/0077/15.



3.- A la vista de la información remitida por la AEAT durante la investigación, con fecha 5 de octubre de 2015, la DC acordó el inicio de un procedimiento de investigación previa bajo la referencia S/DC/0565/15, así como la incorporación al mismo de la documentación recibida, con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de un expediente sancionador.

4.- En el marco de esta información reservada, la DC realizó, con fechas 27, 28 y 29 de octubre de 2015, inspecciones en las sedes de las empresas: Indra Sistemas, S.A. e Indra Software Labs, S.L. (INDRA); Cibernos Consulting, S.A. (CIBERNOS) y Software AG España, S.A.

5.- Las inspecciones en las sedes de Software AG España, S.A. y CIBERNOS fueron objeto de recurso por parte de estas empresas, ambos desestimados por la Sala de Competencia de la CNMC1.

6.- Con fecha 20 de abril de 2016, la DC acordó la incoación del expediente sancionador a las empresas CIBERNOS, Software AG España, S.A. (SAG), INDRA, Gesein, S.L. (GESEIN), International Business Machines, S.A. (IBM), Atos Spain, S.A. (ATOS), Connectis ICT Services, S.A. (CONNECTIS), Informática El Corte Inglés, S.A. (IECISA), Next Computer Services, S.A. (NEXT), Axpe Consulting, S.L. (AXPE) y Everis Spain, S.L. (EVERIS), por conductas prohibidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE).

7.- Entre el 26 de abril y el 5 de mayo de 2018, la DC realizaron requerimientos de información a varias de las empresas implicadas.

8.- El 28 de abril de 2016, tuvo entrada en la CNMC una solicitud de APEDANICA2 para que se reconociese su condición de interesada en el expediente de referencia, condición que la DC denegó mediante acuerdo de 14 de julio de 2016.

9.- El 14 de noviembre de 2016, se recibió un escrito de INDRA en el que esta entidad indicaba que tenía la intención de recurrir ante la Audiencia Nacional la resolución del Consejo de 3 de noviembre de 2016, por la que se estima parcialmente su recurso contra el acuerdo de la DC de 29 de julio de 2016 de denegación de confidencialidad (expediente R/AJ/624/16), así como de solicitar la adopción de una medida cautelar consistente en la suspensión de la ejecución de la resolución recurrida. Por ello, en su escrito, INDRA solicitaba que no se procediera a la ejecución de la resolución de 3 de noviembre de 2016, parcialmente denegatoria de la confidencialidad *«hasta que se pronuncie sobre ella el orden jurisdiccional contencioso administrativo, en orden a evitar la lesión irremediable de sus derechos»*.

10.- A la vista de lo anterior, el 14 de noviembre de 2016, la DC acordó la suspensión del transcurso del plazo máximo de resolución del procedimiento, haciendo uso de la potestad prevista en el artículo 37.1.d) de la LDC, desde ese momento hasta que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional denegase la suspensión cautelar de la resolución recurrida o, en su defecto, se pronunciase sobre el objeto del recurso interpuesto por INDRA, según lo establecido en el artículo 12 del RDC, lo que fue notificado a todos los interesados en el expediente.

11.- El 24 de abril de 2017, la DC levantó la suspensión del transcurso del plazo máximo de resolución del expediente de referencia, al recibirse la notificación del auto de la sección sexta de la sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, adoptado el 30 de marzo de 2017, por el cual se deniegan las medidas cautelares solicitadas por INDRA. La reanudación del cómputo del plazo se produjo desde el 18 de abril de 2017, día siguiente a la recepción de la notificación del auto por la Abogacía del Estado.

12.- El 19 de mayo de 2017, la DC formuló un requerimiento de información a la Dirección del Servicio de Gestión Económica de la AEAT. La contestación a dicho requerimiento se recibió el 29 de mayo de 2017.

13.- El 6 de julio de 2017, la DC formuló requerimiento de información a NEXT.

14.- El 17 de julio de 2017, se recibió la contestación de NEXT al requerimiento que le fue formulado el 6 de julio de 2017.

15.- El 27 de julio de 2017, tuvo entrada en la CNMC un recurso de SAG contra el acuerdo de denegación de confidencialidad de la DC de 19 de julio de 2017. El recurso fue desestimado por la Sala de Competencia de la CNMC mediante resolución de fecha 26 de octubre de 2017 (R/AJ/051/17).

La DC acordó suspender el transcurso del plazo máximo de resolución del procedimiento en el expediente S/DC/0565/15, conforme al artículo 37.1.d) de la LDC. Esta suspensión fue notificada a todos los interesados en el expediente. La suspensión fue levantada tras la citada resolución de 26 de octubre de 2017, con efectos el 27 de octubre de 2017.

16.- El 9 de octubre de 2017 tuvieron entrada en la CNMC escritos de CIBERNOS, INDRA y SAG en relación con una nueva licitación de servicios informáticos por parte de la AEAT (AV 22/2017, nº expediente: 17840060500),



que supone la continuación de uno de los expedientes de contratación afectados por la investigación en el expediente sancionador S/DC/0565/15 y cuyo diseño de pliegos podría no resultar compatible con el derecho de la competencia, según estas empresas.

17.- El 11 de octubre de 2017, la DC envió una misiva a la AEAT, remitiendo copia del escrito de CIBERNOS, INDRA y SAG de 9 de octubre de 2017 anteriormente citado, a fin de que la AEAT pudiese adoptar las medidas que estimase oportunas en relación con la licitación del expediente AV 22/2017.

18.- El 16 de octubre de 2017, tuvo entrada en la CNMC un escrito de un denunciante anónimo, en el que se refiere la existencia de vínculos entre determinadas personas que han venido prestando sus servicios a varias empresas y directivos de organismos públicos. Estos vínculos personales habrían tenido, según el denunciante, incidencia en la adjudicación de contratos públicos de servicios de tecnologías de la información por parte de dichos organismos a diversas empresas, entre las que se citan varias de las empresas incoadas en el expediente de referencia.

19.- EL 19 de octubre de 2017, la DC acordó ampliar la incoación del expediente de referencia a las empresas: Accenture, S.L y Accenture Outsourcing Services, S.A. (ACCENTURE), Aldebarán Tecnologías de la Información, S.L. (ALDEBARÁN) y Babel Sistemas de Información, S.L (BABEL), por conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 del TFUE, en relación con los hechos investigados en el expediente de referencia.

20.- El 3 de noviembre de 2017, fue notificado a las partes el PCH. Todas las empresas presentaron alegaciones.

21.- El 30 de enero de 2018, el director de Competencia dictó la propuesta de resolución del procedimiento, que fue debidamente notificada a las partes. Todas las partes han presentado alegaciones a la misma.

22.- EL 26 de febrero de 2018, el director de Competencia elevó a la Sala de Competencia de la CNMC el informe propuesto, junto con la propuesta de resolución y los escritos de alegaciones presentados por las empresas.

23.- El 19 de abril de 2018, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó la remisión de información a la Comisión Europea prevista por el artículo 11.4 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del TFUE. Asimismo, se acordó suspender el plazo para resolver el procedimiento sancionador con fecha de efectos ese mismo día 19 de abril de 2018, fecha de la notificación efectiva a la Comisión Europea, hasta que se diera respuesta por la Comisión Europea a la información remitida o transcurriera el término al que hace referencia el artículo 11.4 del Reglamento (CE) nº 1/2003.

El plazo de suspensión fue levantado mediante acuerdo de fecha 19 de mayo de 2018, con fecha de efectos el 20 de mayo de ese mismo año.

24.- El 10 de mayo de 2018, la Sala de Competencia adoptó un Acuerdo sobre las solicitudes de las empresas de práctica de pruebas, de aceptación de confidencialidad y de celebración de vista (folios 27602 a 27610). Este acuerdo fue rectificado mediante resolución de rectificación de errores de fecha 17 de mayo de 2018.

25.- El 12 de junio de 2018 se celebró vista oral ante la Sala de Competencia de la CNMC, a la que acudieron todas las empresas incoadas.

26.- El 26 de junio de 2018, la Sala de Competencia adoptó un acuerdo de requerimiento de información a las empresas, relativo al volumen del mercado afectado y volumen de negocio total de las empresas del año 2017. Asimismo, con fecha 2 de julio de 2017, se acordó ampliar el plazo de contestación en 5 días hábiles.

En el mismo acuerdo de requerimiento de información se suspendió el plazo de resolución del procedimiento, que fue levantado mediante acuerdo de fecha 14 de julio de 2018.

27.- La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC aprobó el acuerdo sancionador objeto del presente recurso en su sesión de 26 de julio de 2018.

SEGUNDO.- El escrito de demanda coincide, prácticamente en su totalidad, con los puntos y alegaciones de la presentada en el recurso 772/2018, por lo que lo que aquí digamos no va variar sustancialmente con lo que resolvamos en aquel recurso.

Comienza con una descripción de los antecedentes o los hechos en los que se sustenta la resolución sancionadora, a los que más tarde atribuye determinadas consecuencias jurídicas. Los iremos examinando en los sucesivos fundamentos de esta sentencia, adecuando respuesta a la relevancia de los motivos.

Dice, en lo que podemos llamar crítica fáctica, que la CNMC le atribuye a SAG un rol totalmente desproporcionado e irreal en las conductas investigadas, puesto que históricamente ha sido la Administración la que ha configurado el mercado, las necesidades de los concursos, la exigencia de concurrir en forma de



uniones temporales de empresa (UTEs), la redacción de pliegos ad hoc para que la adjudicación recayera sobre determinadas empresas, el modelo de subcontratación y demás prácticas sobre las que la CNMC articula todo la carga incriminatoria. Nada hicieron las empresas que no fuera por recomendación o exigencia de la Administración contratante. Además, SAG no disponía del número de recursos exigidos por las licitaciones, ni mucho menos de recursos con la capacidad técnica requerida, por lo que se vio obligada a licitar en UTE o subcontratada en las licitaciones investigadas. En varios de las licitaciones descritas no disponía del personal disponible suficiente, lo que fue acreditado pericialmente.

Para dar respuesta a esta primera valoración es preciso partir de lo que la resolución impugnada denomina hechos probados, donde distingue los contratos a instancia de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT), los facilitados por Gerencia de informática de la seguridad social (GISS), y en los que fue parte el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE).

1.- Dentro de los primeros, los celebrados con la AEAT, se destacan:

a) Contrato C68/06. Asistencia técnica externa para colaborar en el desarrollo y mantenimiento de los sistemas y aplicaciones que se lleven a cabo en el ámbito de la AEAT.

b) Contrato AV 42/10. Servicios de desarrollo y mantenimiento de los sistemas y aplicaciones que se llevan a cabo en el departamento de informática tributaria de la AEAT (expediente 10840059600).

c) Contrato PA 20/2014. Servicios de desarrollo y mantenimiento de sistemas y aplicaciones en el departamento de informática tributaria de la AEAT (expediente 14840074500, también denominado AV 20/2014).

d) Contrato C03/07. Servicio para el desarrollo de aplicaciones informáticas del departamento de informática tributaria de la AEAT (expediente 068403137PO).

e) Contrato AV 10/2011. Servicios de desarrollo y mantenimiento de sistemas y aplicaciones de administración electrónica en el departamento de informática tributaria de la AEAT (expediente 11840000400).

f) Contrato PA 2/2015. Servicios de desarrollo y mantenimiento de sistemas y aplicaciones de administración electrónica en el departamento de informática tributaria de la AEAT (expediente 14840210300).

2.- Entre los segundos, los celebrados con la GISS, el acuerdo sancionador se refiere a:

a) Contrato 7202/06G. Servicios de carácter informático necesarios en la GISS.

b) Contrato 7201/10G. Servicios de carácter informático necesarios en la GISS.

c) Contrato 7201/13G. Realización del desarrollo y mantenimiento de las aplicaciones informáticas de las Entidades Gestoras, Servicios Comunes e Intervención General de la Seguridad Social, mediante la prestación de los servicios de análisis, diseño, construcción, pruebas y documentación de aplicaciones.

d) Contrato 7201/14G, Servicios de desarrollo, mantenimiento y control de calidad de aplicaciones necesarios en la GISS.

3.- En tercer lugar, se destacan los concertados con el SEPE:

a) Contratos C10/08 "*Servicios de carácter informático necesarios para la administración electrónica en el SEPE*" y C11/08 "*Servicios de carácter informático necesarios para el SEPE*".

b) Contrato PA 11/12 "*Contratación de los servicios informáticos necesarios para el SEPE*".

c) Contrato PA 7/14, "*Servicios para el desarrollo y evolución de aplicaciones informáticas*" y PA 8/14 "*Servicios para el soporte y evolución de las Infraestructuras y sistemas informáticos*"

4.- En último lugar, se referencian otros celebrados para las Administraciones Autonómicas y Locales; el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS); concursos en relación con ATRIUM; ADABAS/NATURAL; el Instituto Cervantes; y otras ofertas de cobertura y acuerdos entre empresas en varios organismos públicos.

Fueron en el marco de estas licitaciones donde la CNMC detecta y ubica las prácticas colusorias que desencadenaron las infracciones sancionadas en la resolución que ahora se cuestiona. La resolución, desde el folio 23 al 92, hace una pormenorizada descripción de las conductas, licitación por licitación y contrato por contrato.

En los folios 96 y ss. se detallan y revelan conversaciones mantenidas entre competidores donde se transmiten información incompatible con el mercado, pactos y acuerdo previos entre competidores, reparto de concursos y connivencias en las ofertas.



No es preciso reproducir ninguno de estos pasajes, primero, porque ni se han negado ni se han desmentido, al menos en sus aspectos más relevantes; y segundo, porque son conocidos por la parte. En lo que sí difiere la demanda es en la justificación o explicación de algunos de estos pactos, acuerdos y decisiones compartidas por la actora y otras empresas competidoras, motivos que desglosaremos más adelante cuando nos centremos en la viabilidad de las UTEs.

Debemos poner de manifiesto que, vista la infracción única y continuada por la que resulta sancionada la actora, bastaría que se diera alguna de las circunstancias a las que se refiere el acuerdo sancionador, en cuanto a su participación y responsabilidad, para justificar su persecución, como tendremos ocasión de explicar más adelante.

TERCERO.- Inicia la demanda sus alegaciones, en la parte que denomina valoración jurídica, denunciando la caducidad del procedimiento sancionador. Dice que el procedimiento sancionador se inició el 20 de abril de 2016, y según el artículo 36 de la LDC, el plazo máximo para resolver el procedimiento finalizaba el 20 de octubre de 2017. Durante la tramitación del expediente, el cómputo de dicho plazo máximo fue suspendido en cuatro ocasiones.

La cuarta suspensión fue improcedente por su falta de justificación y se debió a un mero ardid para eludir la caducidad. Concretamente, hasta el momento de acordarse el cierre formal de la fase de instrucción, el 26 de enero de 2018, el procedimiento ya había sido suspendido por un total de 244 días. A pesar de esta dilación, amparándose en el artículo 37.1.a) de la LDC, el Consejo acordó una nueva suspensión al requerir a las empresas, el 26 de junio de 2018, información relativa a su volumen de negocios total en el año 2017, así como determinada información sobre facturación en el mercado de tecnologías de la información de 2005 a 2017 respecto de únicamente cuatro empresas, para lo que concedió un plazo de diez días que fue posteriormente ampliado, sin que mediase solicitud de esta parte, por cinco días adicionales. 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.

En definitiva, desde la remisión de la PR por parte de la DC al Consejo el día 30 de enero de 2018, el Consejo de la CNMC era perfectamente consciente de que iba a necesitar dicha información para poder resolver el procedimiento. No está justificado que el Consejo de la CNMC espere casi 5 meses para solicitar la información de facturación, imprescindible para el cálculo de la sanción, para así poder suspender el procedimiento de modo arbitrario. Todo ello, con la única finalidad de eludir el efecto automático de la caducidad, una vez transcurridos los 18 meses de que se disponía para resolver el procedimiento. Esta información bien pudo ser solicitada antes por la DC o por la propia Sala cuando le fue remitido el expediente, sin esperar injustificadamente todo ese tiempo, provocando una suspensión que responde a un fraude a la ley, ya que no se compadece con las razones justificadas que explican la suspensión del procedimiento sancionador. Cuando se notificó el acuerdo sancionador, el procedimiento ya había caducado.

Este motivo despertó serias dudas en la Sala respecto de la superación del límite temporal máximo para la conclusión del procedimiento sancionador, máxime cuando, como pone de relieve la actora, desde que concluyó la instrucción y le fueron remitidas las actuaciones al Consejo dejó transcurrir casi cinco meses para solicitar a las empresas un dato esencial para poder determinar la sanción, cuya relevancia y necesidad le constaba desde el mismo día en que le fue remitida la conclusión de la instrucción. Sin embargo, dejó pasar injustificadamente todo ese tiempo, lo que le obligó a acordar una nueva suspensión del procedimiento sancionador.

A pesar de esta realidad y de las consecuencias que tuvo en la prolongación de la duración del procedimiento sancionador, la Sala descarta la viabilidad de este motivo de impugnación puesto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en un supuesto análogo, ha dado por buenas este tipo de prácticas. Es cierto que, en la STS de 23 de abril de 2018, recurso 608/2016, se reputaron suspensiones ficticias, aquellas que se utilizaran *«[...]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 [...]»*. En definitiva, estamos ante este tipo de suspensiones fraudulentas cuando la información solicitada y la consiguiente suspensión acordada solo tratan de alargar el plazo de resolución del procedimiento para evitar la caducidad.

Sin embargo, en la posterior de 6 de julio de 2020, recurso 3721/2019, no calificó como ficticia la suspensión acordada en un supuesto análogo al que aquí nos ocupa, en la que también se instaba, con la suspensión, el volumen de negocio de las empresas, *« [r]esulta 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 [...]». En definitiva, queda descartado el fraude procedimental en la suspensión, cuando las razones o diligencias en las que se sustenta sean ajustadas a derecho y resulten necesarias para la conclusión del procedimiento.

Se puede concluir, al hilo de esta jurisprudencia, que las suspensiones del procedimiento serán viables siempre que las diligencias que las explican estén justificadas y sean oportunas para su correcta terminación. El riesgo de esta doctrina, a la postre, es que deja en manos de la Administración el control de la duración del procedimiento, permitiendo su prolongación siempre que lo que se pida o inste, resulte justificado o necesario independientemente de cuando se pida o del tiempo de duración ordinaria de que dispuso para poder hacerlo y no lo hizo, sin razón alguna que lo justifique. En definitiva, nos impide la estimación del recurso por este motivo.

CUARTO.- La demanda también denuncia la falta de prueba suficiente para involucrar a la actora la conducta ilícita, lo que desglosa en varios motivos. Dice que la técnica de UTEs o las subcontrataciones no son incompatibles con la normativa de defensa de la competencia si las empresas licitantes no tienen capacidad de concurrir de forma individual, como era el caso de SAG; tampoco es la actora la líder de ninguna práctica anticompetitiva. El contexto en que tuvieron lugar las licitaciones hace que los contactos fueran lícitos. Ni tuvieron lugar traspasos patrimoniales ni se ha acudido a la técnica de la prueba por presunciones.

Lo primero que debemos destacar para resolver esta alegación y enlazando con lo que dijimos en el segundo fundamento de esta sentencia, es que los hechos probados de la resolución sancionadora van describiendo, en las distintas licitaciones con los diferentes órganos de la Administración, comportamientos incompatibles con las buenas prácticas en el ámbito de la competencia.

Podemos destacar algunos hitos que llaman poderosamente la atención tanto en la falta de cuidado de las formas que deberían haber mantenido las empresas implicadas y sus trabajadores para garantizar la competencia en el mercado, como en el fondo y el contenido de determinadas comunicaciones, acuerdos o contactos.

Describe el acuerdo sancionador lo que denomina alianzas permanentes entre las empresas SAG, INDRA y CIBERNOS que se explicitan en todos los contratos analizados y descritos en los cuadros de las páginas 98 y 99 (respecto de la GISS). Se repiten estas alianzas en las que participan las empresas SAG, INDRA, GESEIN, ATOS y THALES/CONNECTIS recogidas en el folio 101 de la resolución (respecto al SEPE). El mismo tipo de acuerdos se reproducen entre las empresas SAG, INDRA, ATOS y CIBERNO en los contratos en los que se relatan en el cuadro obrante al folio 103.

Expresiones o comportamientos como los que recoge la resolución sancionadora al folio 116 y que también destacamos, revelan sin explicación lícita, la conducta anti colusoria. Por ejemplo, cuando INDRA en relación con concursos de la AEAT, en los que intervino la actora, indicaba « *[T]enemos que pensar si jugamos a la posibilidad de UNA solo a oferta o si contemplamos la existencia de VARIAS. Evidentemente el resultado de la estrategia es totalmente diferente [...]* » o « *[Francisca , debemos decidir si aportamos por concurrir solos a este concurso con IBM como subcontratado o por el contrario proponemos ir en UTE. Te cuento los escenarios económicos y las ventajas y desventajas [...]* ». En los contratos de la GISS, SAG llega a manifestar en relación con la colaboración con INDRA « *[N]os peharemos, competiremos, perderéis y luego querréis repartirlo [...]* ». En contratos del INSS se dicen expresiones tales como « *[e]ntonces lo entendemos, pero nos presentaríamos solos [...]* », o cuando SAG indica en relación con contratos de la INSS que « *[N]o olvidemos que en el caso del Atrium le dimos un 25% porque sí [...]* ». En el caso de los contratos del SEPE, SAG comentó respecto de la intención de INDRA « *[C]aso de no ir juntos, no ve mal la idea de "no hacemos daño" y respetar un lote para cada uno [...]* ».

La resolución sancionadora está repleta, en la parte de los hechos probados, de conversaciones y comunicaciones de este tenor, cuyo contenido y finalidad resultan completamente antijurídicas desde la legalidad del derecho de la competencia.

En cuanto a la constitución de las UTEs, que la actora considera imprescindibles para dar viabilidad a las diversas licitaciones con las distintas Administraciones, es cierto, como ha mantenido esta Sala en anteriores sentencias, entre otras la de 27 de diciembre de 2021, recurso 432/2016, que la sola referencia a la constitución de una UTE, o el solo hecho de que se haya constituido, sin otras razones explicitadas por la resolución sancionadora, no puede constituir anclaje suficiente para explicar una sanción en materia de competencia.

Sin embargo, en el presente caso el acuerdo sancionador no centra la razón de la práctica anticompetitiva en la constitución de las UTEs sino en comportamientos que, al hilo de su constitución, no justifican su razón de ser o van más allá de las meras razones técnicas en que se gestaron.

Podemos destacar que las negociaciones entre las empresas iban precedidas de la firma de acuerdos de colaboración que no tenían carácter público y en los cuales se reflejaba el alcance real de los acuerdos



adoptados. Entre otros aspectos, se hacía referencia a los porcentajes de reparto reales (que no siempre coinciden con los notificados a la administración); a si los acuerdos conllevan la presentación en UTE o la subcontratación de un determinado porcentaje de la facturación esperada; o al compromiso de no participar en ofertas alternativas que pudieran generar competencia en el contrato licitado o la exclusividad de la colaboración. Así se describen en los hechos 3, 29, 50, 67, 113, 152, 175, 187, 194, 211, 230, 291 y 302.

Los acuerdos de colaboración reflejaban la forma de funcionamiento de la UTEs o la subcontratación. Fijaban cómo repartir las incorporaciones de personal que se produjeran durante la vigencia del contrato o cómo repartir las subcontrataciones ordinarias que fueran necesarias para la prestación de los servicios contratados. Asimismo, estos acuerdos solían hacer referencia a las fórmulas de regularización destinadas a evitar desviaciones respecto a los porcentajes de reparto acordados.

Estos acuerdos solían firmarse junto a un compromiso de UTE, un acuerdo de constitución de UTE y una memoria de UTE. Solo los dos últimos tenían carácter público y se notifican a la administración. Sin embargo, podían presentar porcentajes distintos a los acordados en los pactos privados que eran los que realmente constituían la norma de funcionamiento de las empresas. Bajo la apariencia de la constitución de una UTE se escondían acuerdos y pactos entre las empresas licitadoras de los que la Administración contratante no era oficialmente concededora.

Constató la CNMC que la redacción de estos documentos era muy similar y en ocasiones idénticos. Incluso algunos documentos relativos a acuerdos constituían una plantilla o base, aunque se refieran a otros organismos y existan variaciones entre las empresas participantes.

Incluso las memorias de las diferentes UTEs eran similares a pesar de que se tratara de licitaciones y administración diferentes. Se limitaban a la referencia a lugares comunes como la experiencia de las empresas miembros y en la utilidad de la UTE para permitir la prestación de los servicios a plena satisfacción del organismo licitante. Sin embargo, cabe destacar en muchas de ellas la ausencia de verdaderas motivaciones técnicas o económicas que justificasen su constitución.

Lo expuesto nos lleva a la desestimación no solo de este motivo de la demanda sino de los referidos a la vulneración del principio de tipicidad por ausencia del elemento subjetivo de la infracción, la ausencia de dolo o culpa o la falta de motivación del acuerdo sancionador, en la medida que el acuerdo sancionador que enjuiciamos cumple con los estándares de motivación, tanto en cuanto a la expresión de los hechos, razones y motivos por los que se sanciona, como en la posibilidad de que sea combatida por la interesada sin restricción o limitación alguna, proscribiendo cualquier género de indefensión, habilitando el oportuno control jurisdiccional.

QUINTO.- Dice que se le ha generado indefensión al denegársele indebida y arbitrariamente la práctica de las pruebas solicitadas en el expediente administrativo, pruebas que eran esenciales como la testifical de la Administración contratante.

Ninguna indefensión le ha ocasionado el que no se le admitiera la testifical pedida durante el procedimiento sancionador. No vamos a entrar en los términos en los que fue instada la testifical de un órgano de la Administración y si el modo en que resultó propuesta la hizo inviable. No nos vamos a quedar en aspectos procedimentales, puesto que de fondo ni era necesaria ni hubiera alterado los términos de la valoración conducta sancionada. Incluso admitiendo y dando por bueno que las prácticas colusorias fueron auspiciadas o incluso instadas por órganos de la Administración, como concluye el voto particular de la resolución que se impugna, estos motivos en ningún caso justificarían la impunidad de la conducta.

Baste con recordar dos extremos en apoyo de nuestro fundamento. En primer lugar, de ser cierto o dando por bueno que la forma de licitación, la constitución de las UTEs o las subcontrataciones fueron instadas por la Administración, incurriendo también en el resultado anticompetitivo que se sanciona, el resultado también podría haber derivado en la extensión del acuerdo al órgano o Administración responsable, como ocurrió en el supuesto enjuiciado por la STS de 18 de julio de 2016, recurso 2946/2013.

En segundo lugar, el que la Administración hubiera participado activamente en la perpetración de la infracción no implicaría la exoneración del resto de las empresas implicadas en el cártel. La activa participación o incitación de la Administración en unas prácticas anti colusorias podría conllevar la implicación en la infracción y su sanción, como se desprende de lo dicho por la citada sentencia del Tribunal Supremo, en cuanto « *[e]n el ámbito del Derecho de la competencia opera un concepto amplio y funcional de empresa, de manera que lo relevante no es el estatus jurídico económico del sujeto que realiza la conducta sino que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado. [...]*», pero en ningún caso la exoneración del resto de los partícipes.



SEXTO.- Niega que estemos ante un cártel puesto que no tenía carácter secreto, que tampoco estamos ante una infracción por objeto y que la resolución no hace un adecuado análisis del contexto ni de las conductas que no tenían el objeto anticompetitivo.

En primer lugar, la actora parte de una premisa errónea y es que el cártel debe ser secreto. Si bien es cierto que ese es su marco natural, el carácter secreto de un cártel puede tener distinta intensidad, llegando incluso a constituir una característica irrelevante o innecesaria. Un claro ejemplo de un cártel no secreto fue el S/DC/0596/16 Estibadores de Vigo, cuyas prácticas colusorias eran públicas y conocidas por las estructuras en que se desarrollaron, el alcance que supuso y por la intervención que tuvo la propia Autoridad Portuaria.

La disposición adicional cuarta de LDC, en su redacción inicial, decía que « [s]e 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. [...] ». Tras la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo la DA cuarta, que en principio solo tenía como objeto la transposición de la Directiva de daños 2014/104/UE, se define como cártel a « [t]odo 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 carácter secreto se cae de la definición. En esta misma línea, la propia Comisión tiene asumido que el cártel no tiene por qué tener forzosamente este carácter, aunque sea lo más habitual. Así en la Comunicación 2006 dice que (3) « [l]os cárteles secretos a menudo [...]», como circunstancia que a pesar de ser habitual no resulta determinante.

Sobre la descripción y valoración de las conductas no vamos a volver, so pena de resultar innecesariamente reiterativos.

SÉPTIMO.- Sostiene la actora que la resolución impugnada no acredita la existencia de efectos anticompetitivos como se infiere del informe pericial aportado. SAG siempre ha acudido sola a las licitaciones cuando ha podido, y cuando las Administraciones públicas no lo han impedido, ha habido una intensa competencia en el mercado. Subsidiariamente, las conductas sancionadas eran accesorias a una cooperación legítima.

No comparte esta Sala la afirmación ni el alcance que se pretende con la prueba pericial puesto que las solas conductas descritas son incompatibles con las buenas prácticas en el derecho de la competencia. No es necesario, en el seno de una infracción por objeto, que entremos a examinar los posibles efectos o daños que las empresas, con su antijurídica conducta, hayan podido ocasionar en el mercado, a la Administración o al resto de los posibles competidores, como hemos tenido ocasión de decir en la SAN 19 de mayo de 2023, recurso 24/2018. Por ello, compartimos la calificación y el alcance fijado por la resolución sancionadora, a pesar de que va más allá de la necesidad que exige el marco sancionador e intenta de materializar los potenciales efectos en el folio 152, en la medida que estas conductas favorecen el mantenimiento de una situación preexistente con independencia de la evolución de las capacidades de las distintas empresas, las necesidades de la Administración y la configuración de las licitaciones públicas afectadas.

Pero insistimos, ni la determinación y mucho menos la cuantificación de los concretos daños resultan precisas en este tipo de infracciones por objeto, tarea que queda relegada o resultaría relevante en una eventual acción de reclamación de daños.

OCTAVO.- Afirma que las conductas investigadas estarían exentas en virtud del artículo 1.3 de la LDC y 101.3 del TFUE por generar eficiencias.

Establece el artículo 1.3 de la LDC la prohibición del apartado 1 « [n]o se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:

- a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.
- b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y
- c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados".



Este precepto es consecuencia de la previsión contenida en el artículo 101.3 de del Tratado de la Unión Europea . Conforme a las Directrices de la Comisión relativas a la aplicación del artículo 3 del apartado 81 del Tratado 101/97, de 27 de abril, (actual artículo 101.3 de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea), la viabilidad de la excepción contemplada en el apartado 3 del artículo 81 se supedita a cuatro condiciones acumulativas, de las cuales dos son positivas y dos negativas «[a)] los acuerdos deben contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico; b) debe reservarse a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante; c) las restricciones deben ser indispensables para alcanzar los objetivos, y d) el acuerdo no debe ofrecer a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate. [...]».

Solo cuando concurren las cuatro condiciones se podrá reputar que el acuerdo favorece la competencia en el mercado de referencia, por incitar a las empresas a ofrecer a los consumidores productos más baratos o de mejor calidad, lo que compensará a estos últimos por los efectos adversos de las restricciones de la competencia. En todo caso, la carga de la prueba le corresponde a la empresa que pretenda la aplicación de esta excepción.

Además, el acuerdo restrictivo ha de ser, en sí, razonablemente necesario para obtener las eficiencias y, a su vez, cada restricción de la competencia derivada del acuerdo debe ser a la vez razonablemente necesaria para la obtención de las eficiencias, esto es, las eficiencias deben ser específicas al acuerdo de manera que no exista otra forma económicamente viable y menos restrictiva para alcanzarla, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso. Por lo demás, la participación equitativa de los consumidores en el beneficio resultante debe compensar a estos por cualquier perjuicio real o probable ocasionado por la restricción de la competencia.

Hacemos esta precisión porque la actora no ha logrado acreditar que no existiera otra forma económicamente viable para acudir a los concursos, o que los acuerdos y las UTEs que las sucedieron, eran la forma menos restrictiva y lesiva para participar en las licitaciones. Al contrario, las conversaciones y contactos a los que ya nos hemos referido, iban encaminados a restringir la competencia sin que ellos supusieran beneficio alguno ni para los destinatarios de los servicios ni para el resto de los competidores.

NOVENO.- Sostiene la nulidad del acuerdo sancionador por imputar una infracción del artículo 101 del TFUE sin acreditar de manera suficiente la afectación al comercio entre los estados miembros.

Es cierto que el criterio del efecto sobre el comercio limita el alcance de la aplicación de los artículos 101 y 102 a aquellos acuerdos y prácticas que pueden producir un nivel mínimo de efectos transfronterizos. Sin embargo, el alcance meramente estatal de un acuerdo o práctica no muta lo ilícito en lícito, y la práctica anti colusoria seguirá siendo perseguida y sancionada por el régimen doméstico del estado miembro, cuando haya sido convenientemente tipificada, como ocurre en nuestro caso por vía del artículo 1 de la LDC.

Con esto no estamos afirmando que no tenga alcance comunitario, solo que el argumento tiene poco recorrido. Recordemos que (DOUE C 101, de 27 de abril de 2004, punto 20) cuando se refiere al concepto de comercio también incluye aquellos comportamientos que dañen la estructura de la competencia en el mercado. En concreto, se refiere a la estructura de la competencia en la Comunidad y las actividades económicas a las que se dedica una empresa que puedan verse afectadas cuando este competidor potencial corre el riesgo de ser eliminado. Desde este punto de vista, el grado de afectación en el comercio entre Estados Miembros de una eventual práctica colusoria debe medirse teniendo en cuenta (i) la naturaleza del acuerdo o práctica, ya que ciertos comportamientos pueden, por su propia naturaleza, afectar al comercio comunitario; (ii) la naturaleza de los productos cubiertos por los acuerdos o prácticas, puesto que cuando estos se comercializan fácilmente entre empresas de diversos estados podría resultar más oportuno la aplicación de Derecho de la Unión; (iii) la posición y relevancia en el mercado de las empresas interesadas y sus volúmenes de ventas; (iv) y el entorno de hecho y de derecho en el que opera el acuerdo o práctica.

Con estos parámetros, la influencia de los acuerdos y prácticas sobre las corrientes comerciales entre Estados miembros puede ser directa y real, pero también indirecta y potencial. A juicio de esta Sala, el tipo de acuerdos y pactos que se reprimen, por la importancia y relevancia del mercado afectado, podría disuadir a cualquier otro competidor radicado en otro Estado miembro, lo que hace difícil calificar de doméstica la conducta que se persigue.

Con este fundamento también damos respuesta a la queja sobre la vulneración del principio de presunción de inocencia, porque los hechos por los que ha sido sancionada no infringen el artículo 1 de la LDC ni el artículo 101 del TFUE, y queda igualmente desestimada.



DÉCIMO.- Incide la actora en que se ha incurrido en un error de derecho al definir incorrectamente el mercado afectado debido a la especialidad de los servicios informáticos prestados en cada caso y en cada concreta licitación.

Tampoco comparte la Sala este motivo de impugnación. Ya hemos valorado las relaciones entre competidores descrita por la resolución sancionadora, que revela que estamos inmersos en contactos, acuerdos o preacuerdos y, desde luego, en contactos y conversaciones impropias entre competidores de un libre mercado, por mucho que el marco de todas estas actuaciones estuviera auspiciado o incluso incitado por la propia Administración.

Por otro lado, el mercado afectado fue correctamente definido. La Comisión distingue -no lo hizo la DC- entre mercado relevante y afectado siguiendo el criterio de esta misma Sala cuando en función del alcance de las conductas anticompetitivas desarrolladas por las empresas, puede no coincidir con el mercado de producto y geográfico relevante, ya que no viene determinado por el ámbito en el que las condiciones de competencia son homogéneas. Así lo dijimos en la SAN de 8 de marzo de 2013, recurso 540/2010, confirmada la STS de 30 de enero de 2015. Es cierto que la resolución parece llevar a cabo una distinción entre las licitaciones de servicios informáticas y las referidas a cada Administración, lo que podría suscitar alguna duda. Sin embargo, esta aparente discrepancia no afecta al mercado definido y descrito, que además de no formar parte del elemento del tipo, tampoco incide en el volumen total de cada empresa. Coincide el mercado, tal y como se describe la prestación de los servicios informáticos, donde la sucesiva externalización del mercado, la prestación de servicios de desarrollo, mantenimiento de aplicaciones y sistemas informáticos, los diferentes trabajadores que operan en el mercado, las particulares necesidades técnicas de los software, o la creciente especialización, no significa que estemos ante mercados diferentes ni distintos, sino ante un mismo mercado que cubre necesidades varias dentro de un mismo sector.

DÉCIMOPRIMERO.- Considera que no se han acreditado los requisitos para considerar que las distintas infracciones constituyen una infracción única y continuada.

La Administración data el inicio de la infracción en enero del año 2005, momento en el que se tuvo constancia de los primeros acuerdos y prácticas concertadas entre SAG e INDRA de cara a limitar la competencia en la presentación de ofertas en una licitación convocada por el INSS, relativa al Concurso 11/CP-10/2005, proyecto Atrium (hechos 263 y ss). A partir del 27 de octubre de 2015, coincidiendo con el inicio de las inspecciones realizadas por la DC en las sedes de INDRA, CIBER NOS y SAG, se constata un cese en estos comportamientos.

A juicio de la Administración, participaron, con mayor o menor intensidad, según la DC, Accenture, S.L y Accenture Outsourcing Services, S.A.; Aldebarán Tecnologías de la Información, S.L.; Atos Spain, S.A.; Axpe Consulting, S.L.; Babel Sistemas de Información, S.L; Cibernos Consulting, S.A.; Connectis ICT Services, S.A.; Everis Spain, S.L.; Gesein, S.L.; International Business Machines, S.A.; Informática El Corte Inglés, S.A.; Indra Sistemas, S.A. e Indra Software Labs, S.L.; Next Computer Services, S.A.; Software AG España, S.A.. No obstante, tras la oportuna valoración del resultado de la instrucción, la Sala de regulación no incluyó la totalidad de las referidas tras constatar la intensidad de la participación y el alcance de los contactos, acuerdos y colaboraciones de todas ellas.

A juicio de la CNMC, el gran número de empresas « *evidencia que estamos ante un plan global de reparto del mercado, capitaneado, como ya se ha señalado, por las empresas SAG e INDRA, cuya presencia en prácticamente todos los contratos y organismos públicos*». Destaca la existencia de un plan global de reparto del mercado, capitaneado, como ya se ha señalado, por las empresas SAG e INDRA, cuya presencia en prácticamente todos los contratos y organismos públicos permite concluir que estas dos empresas representan el núcleo del acuerdo al que se van integrando en mayor o menor medida el resto de empresas, que ejemplifica con un cuadro en el folio 126 de la resolución sancionadora.

Se fija como núcleo central de la infracción el reparto de los contratos públicos a través de la instrumentalización de figuras contractuales como son las UTE y la subcontratación, pero también se han acreditado otro tipo de prácticas que persiguen objetivos análogos como son las ofertas de cobertura o la cesión de claves de Patrimonio, en las que hay coincidencia de participación de algunas empresas.

A pesar de las discrepancias expresadas por el escrito de demanda, compartimos la valoración y calificación que hace la resolución sancionadora. Recordemos que se ha considerado que estamos ante una infracción única y continuada cuando se participa en prácticas colusorias que constituyen (i) la existencia de un plan global que persigue un objetivo común, (ii) la contribución intencional de la empresa a ese plan, (iii) y el hecho de que se tenía conocimiento (demostrado o presunto) de los comportamientos infractores de los demás participantes, STJUE de 16 de junio de 2011, Asunto T-211/08, Puffers International NV, (apartados 34 y 35).

Se destaca en este concepto la idea de unicidad y el de continuidad de la infracción. En cuanto al carácter único, se aprecia cuando hay identidad de los objetivos de las prácticas consideradas, STG de 20 de marzo de 2002, Dansk Rørindustri/Comisión, T21/99, Rec. p. II1681, apartado 67, STJUE de 21 de septiembre de 2006, Technische Unie/Comisión, C113/04 P, Rec. p. I8831, apartados 170 y 171, y la STG de 27 de septiembre de 2006, Jungbunzlauer/Comisión, T43/02, Rec. p. II3435, (apartado 312); en la identidad de los productos y servicios afectados, SsTJUE de 15 de junio de 2005, Tokai Carbon y otros/Comisión, T71 /03, T74 /03, T87 /03 y T91 /03, no publicada en la Recopilación, (apartados 118, 119 y 124), y STG Jungbunzlauer/Comisión, (apartado 312); en la identidad de las empresas que han participado en la infracción, STG Jungbunzlauer/Comisión, (apartado 312); y en la identidad de sus formas de ejecución STG Dansk Rørindustri/Comisión, (apartado 68). Además, también se pueden tener en cuenta para ese examen la identidad de las personas físicas intervinientes por cuenta de las empresas y la identidad del ámbito de aplicación geográfico de las prácticas consideradas.

Por lo que respecta a la continuidad, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, puede resultar no solo de un acto aislado sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir, por sí mismos y aisladamente considerados, una infracción de la citada disposición. Las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto» con un idéntico objeto que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, lo que permite imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto, STJUE de 24 junio 2015, asunto C-263/2013, (apartado 156).

En estos casos « [r]esultaría artificioso subdividir un comportamiento continuado, caracterizado por una única finalidad, para ver en él varias infracciones distintas, cuando, por el contrario, constituía una única infracción que se fue concretando progresivamente a través tanto de acuerdos como de prácticas concertadas. [...]», STJUE 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni, C49/92 P, Rec. p. I4125, (apartado 82). Esto permite que las prácticas colusorias puedan ser consideradas elementos constitutivos de un acuerdo único restrictivo de la competencia, puesto que se « [q]ue se inscriben en un plan global que persigue un objetivo común. Además, sólo si la empresa supo, o debería haber sabido, cuando participó en las prácticas colusorias que, al hacerlo, se integraba en el acuerdo único, su participación en las prácticas colusorias de que se trata puede constituir la expresión de su adhesión a dicho acuerdo [...]», STJUE de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T25/95, T26/95, T30/95 a T32/95, T34/95 a T39/95, T42/95 a T46/95, T48/95, T50/95 a T65/95, T68/95 a T71/95, T87/95, T88/95, T103/95 y T104/95, Rec. p. II491, (apartados 4027 y 4112).

Esta construcción jurisprudencial permite que, tanto al sujeto como a la empresa que han participado en todos los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, como a aquel o aquella que solo ha participado en una parte de los que componen la infracción única y continuada, pero con conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás partícipes en el cártel para alcanzar los mismos objetivos o haber podido preverlos de forma razonable y haber estado dispuesta a asumir el riesgo, se le puedan imputar en ambos casos la totalidad de los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción, STJUE de 24 junio 2015, asunto C-263/2013, (apartado 158) y STJUE 6 de diciembre de 2012, Comisión/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU:C:2012:778, (apartado 43). Se requiere que la empresa implicada contribuya con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por todos los participantes y que tenga conocimiento de los comportamientos infractores previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos, o que pueda de forma razonable haberlos previsto y estar dispuesta a asumir el riesgo, STJUE 9 de septiembre de 2015, T10 4/13, Toshiba Corp, (apartado 53).

Esta unicidad en la infracción permite hacer responsable a una empresa, como integrante de este plan preconcebido de los actos y comportamientos que materialmente haya realizado otro de los integrantes del grupo, en una suerte de responsabilidad solidaria que rompe el principio de individualización de la pena.

Las consecuencias son muy relevantes. (i) Permite que la infracción o la participación de una empresa en ella no se haya interrumpido aunque no disponga de pruebas de la infracción durante algunos periodos específicos, siempre que las diferentes acciones que forman parte de esa infracción persigan una sola finalidad y puedan insertarse en una infracción de carácter único y continuo, una apreciación que debe sustentarse en indicios objetivos y concordantes acreditativos de la existencia de un plan conjunto; (ii) habilita la imposición de la multa por todo el periodo a cualquiera de los partícipes; (iii) y el plazo de prescripción queda interrumpido por la continuidad en la infracción.

En el caso enjuiciado, como refiere el acuerdo sancionador, nos encontramos ante acuerdos entre empresas, muchos de ellos repetidos en varios contratos y extendidos a varios organismos públicos, que hacen presuponer que estas, necesariamente, debían ser conscientes de que esos acuerdos trascendían a sus propios intereses particulares y se englobaban en una estrategia común y organizada por un grupo de



empresas. Hay elementos de prueba, además, que corroboran tal afirmación, siendo significativo, por ejemplo, el uso de los mismos modelos en organismos distintos y por diferentes empresas, o el hecho de que las prácticas acreditadas conlleven, en ocasiones, el cruce de los acuerdos alcanzados entre varias empresas incoadas en distintos ámbitos, dando lugar a alianzas que perduran en el tiempo (como se recoge en hechos 1010 a 1020 de la propuesta de resolución).

Y lo más relevante de todo, que releva la ordena coordinación de los objetivos fue el comportamiento de las Administraciones públicas que auspiciaron, instaron y ampararon estos comportamientos. El que no hayan sido objeto de sanción solo las deja fuera del ámbito del carácter revisor de esta jurisdicción, pero nada impide que pueda ser valorado este comportamiento en el contexto en que tuvo lugar, como ya advertimos en fundamentos anteriores.

Esto significa que todas las empresas implicadas han contribuido, en mayor o menor medida, a la consecución de los acuerdos constitutivos de la infracción única aquí analizada.

No implica que todas las empresas debieran conocer todas y cada una de las licitaciones ni la existencia de acuerdos similares en todos y cada uno de los organismos públicos afectados. Como se destaca, hay diversas alianzas que afectan a una diversidad de contratos con diversos organismos públicos. Significa que todas han contribuido al objetivo del plan, esencialmente ordenada la alteración del régimen de la competencia en este tipo de licitaciones y contratos de asistencia públicos con el correspondiente reparto de mercado, más allá de las concretas licitaciones en las que hubieran participado. Sin embargo, actúa correctamente la CNMC cuando solo imputa a las empresas responsabilidad por los comportamientos en los que hayan participado directamente o hayan conocido o podido razonablemente conocer, y no por aquellos acuerdos en los que no hayan participado, ni hayan tenido, ni podido tener, conocimiento.

Por eso se describen, con acierto, varios niveles de responsabilidad de las empresas, en función del grado de participación de las mismas en los acuerdos, teniendo en cuenta, por un lado, el número de contratos afectados por sus conductas y, por otro lado, la extensión de los acuerdos a varios organismos públicos. Se identifican primero dos grupos de empresas responsables: el primero, integrado por SAG e INDRA que, por el papel que juegan en las conductas, pueden considerarse el centro del reparto de mercado y las instigadoras de la práctica; el segundo, integrado por un grupo de empresas que no participan en la totalidad de la conducta y no existe prueba de que la conociesen por lo que su responsabilidad resulta limitada.

Concretamente, la actora SAG ha desempeñado un papel activo como partícipe en las distintas UTEs que han resultado adjudicatarias de dichos concursos, en las negociaciones e intercambios de información comercial sensible entre las empresas participantes y en la toma de decisiones en relación con los distintos aspectos relativos a los acuerdos adoptados para mantener la situación competitiva preexistente, como hemos reiterado en los apartados anteriores, sin que exista explicación razonable o admisible desde el derecho de la competencia. Su participación en todos los concursos, licitaciones y en la constitución de las UTEs junto a INDRA constituye un hilo conductor de la infracción única y continuada.

DÉCIMOSEGUNDO.- Por último, denuncia la falta de proporcionalidad del acuerdo sancionador. Se ha producido una incorrecta valoración de las circunstancias tenidas en cuenta para situar el tipo sancionador general en el 4%, y de la cuota de participación en el mercado. La multa impuesta a SAG es más de un 80% superior a la multa del 70% de las empresas sancionadas en este Expediente (en concreto, la multa de mi representada es (i) veinte veces la multa de Accenture, cuando la facturación de SAG representa únicamente un 8% de la de Accenture; (ii) ocho veces la de Everis, cuando la facturación de SAG representa tan solo el 6% de la de aquella; (iii) seis veces la de IBM, cuando SAG tiene una facturación de menos del 5% de la de IBM; (iv) diez veces la de Babel y la de Cibernos; (v) diecinueve veces la de Gesein; y, (vi) ciento veintiocho veces la de Next).

En lo que atañe a la motivación y proporcionalidad de la sanción la resolución parte de un volumen de negocio por importe de 75.198.151 euros. Pondera 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 conforme al cuadro recogido al folio 212, destacando como importe de las adjudicaciones por 331.280.304 euros. Le aplicó el porcentaje del 8,0 %, que viene a explicar por la relevancia que en la configuración y participación del cártel tuvo la actora, para respetar el principio de proporcionalidad respecto del resto de las empresas partícipes, y los efectos disuasorios de la sanción final.

A partir de estos datos, el acuerdo sancionador ha seguido los criterios y las líneas trazadas por la STS de 29 de enero de 2015, recurso 2872/2013, que dejó sin efecto la comunicación de multas y corroboró que la cuantificación de la sanción debía circunscribirse a los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC. Este previsión legal se concibe como el nivel máximo de un arco sancionador y que las sanciones deben



individualizarse en función de la gravedad de las conductas, «[c]onstituye, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje (...) Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones. [...]». Esto significa que la multa podría llegar hasta el 10% del volumen de negocios total, puesto que estamos ante una infracción muy grave. Como dice la resolución sancionadora la determinación de la sanción deberá concretarse en una horquilla que discurre del cero al 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en el ejercicio anterior al de dictarse resolución. Dentro de dicho margen, la multa deberá determinarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la LDC.

Bajo esta premisa podemos afirmar que el acuerdo sancionador respeta los márgenes herméticos que se deriva de la cuantificación de la multa establecidos por el Tribunal Supremo. En definitiva, la cuantificación de la multa se fija en un porcentaje que sitúa por debajo de la media el tipo sancionador máximo, porcentaje que somete después a los ajustes que permiten adecuarlo a las circunstancias particulares de los intervinientes respecto del valor de referencia calculado para cada empresa a partir del beneficio ilícito estimado y del factor de disuasión. No apreciamos desproporcionalidad entre los márgenes de los tipos sancionadores aplicados a las empresas intervinientes en el cártel, que permitan corregir criterios arbitrarios o no razonados de la Administración en el ejercicio de su potestad sancionadora.

En definitiva, son claros los elementos que sirven para explicar la decisión que toma la Administración en la cuantificación de la nueva sanción, así como una ponderada y explicada motivación. Debemos tener presente que esta Sala ha reiterado en varias sentencias, entre las que podemos recordar las de 7 de abril de 2022, recurso 34/2018 o 18 de junio de 2021, recurso 523/2016, que « [l]os criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador aunque no cuantifique el porcentaje exacto que a cada uno corresponde sin que ello se traduzca en falta de motivación pues, 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 123/81) [...]».

DÉCIMOTERCERO.- Lo dicho en los anteriores razonamientos no conducen a la íntegra desestimación del presente recurso con expresa condena en costas a la recurrente de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la LJCA.

FALLAMOS

Que debemos desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **SOFTWARE AG ESPAÑA S.A.**, contra el acuerdo de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 26 de julio de 2018, S/DC/0565/15 LICITACIONES DE APLICACIONES INFORMÁTICAS, con expresa condena en costas a la parte demandante.

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.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.