



Roj: **SAN 4782/2023 - ECLI:ES:AN:2023:4782**

Id Cendoj: **28079230062023100640**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **26/09/2023**

Nº de Recurso: **502/2018**

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: 0000502/2018

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 5112/2018

Demandante: BABEL SISTEMAS DE INFORMACIÓN, S.L.

Procurador: DOÑA MARÍA JOSÉ BUENO RAMÍREZ

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 **502/2018**, el recurso contencioso-administrativo formulado por **BABEL SISTEMAS DE INFORMACIÓN, S.L.**, representada por la procuradora doña María José Bueno Ramírez 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 «[d]icte sentencia estimando el presente recurso, declarando la nulidad de la Resolución de 26 de julio de 2018 del Consejo de la CNMC en el expediente S/DC/0565/15 LICITACIONES DE APLICACIONES INFORMÁTICAS por ser contraria a Derecho, en particular por ser contraria a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en particular sus artículos 47.1.a (nulidad de pleno derecho de los actos administrativos que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional); 47.1.e (nulidad de pleno derecho de los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados); 47.1.f (nulidad de pleno derecho de los actos administrativos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición); 47.2 (nulidad de pleno derecho de disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales); y 48.1 y 2 (anulabilidad de los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso de desviación de poder, cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o cuando el acto de lugar a la indefensión de los interesados), con expresa condena en costas de la contraparte; Y SUBSIDIARIAMENTE SUPLICO A LA SALA que, teniendo por presentado en tiempo y forma el presente escrito, junto con la documentación que el mismo acompaña y debidas copias, se sirva admitirlo y, previos los trámites de ley, dicte Sentencia declarando la vulneración de los artículos 62 - 64 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia , procediendo a modificar y, en consecuencia, a reducir el importe de la sanción económica impuesta a BABEL SISTEMAS DE INFORMACIÓN, S.L. en la resolución recurrida; [...].»

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 señaló para votación y fallo el 10 de mayo del año en curso, fecha en la que comenzó, finalizando el pasado 7 de septiembre.

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 BABEL SISTEMAS DE INFORMACIÓN, S.L. (en adelante BABEL) 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: (...) - BABEL SISTEMAS DE INFORMACIÓN S.L.: 633.917 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 (TRLCSF), 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.- Antes de entrar a examinar los motivos invocados en el escrito de demanda debemos resolver la posible caducidad del procedimiento sancionador que, habiéndose planteado en otros recursos de empresas implicadas en el cartel, se consideró oportuno dar traslado a la actora para que pudiera presentar las oportunas alegaciones.

Constamos 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 esta razón.

Aprovechamos este razonamiento para anticipar uno de los motivos del escrito de demanda. Nos referimos al lamento por la tardanza en la incoación del procedimiento sancionador a BABEL. Solo para decir que este motivo, a falta de otras consecuencias o razones, no supera la categoría de irregularidad no invalidante, no desvirtúa la naturaleza ni la razón de ser del procedimiento incoado, y que el límite temporal antes de la incoación está marcado por el plazo de prescripción de la infracción.

TERCERO.- El escrito de demanda lleva a cabo una profunda crítica de razones para instar la anulación del acuerdo sancionador, sin embargo va mezclando cuestiones sustantivas o materiales con las procedimentales. Intentaremos dar respuesta a todos ellos, agrupado algunos, a pesar de que no vamos a seguir estrictamente el orden propuesto por el escrito rector.

Comenzaremos con la pretendida nulidad de la resolución por la falta de mantenimiento del «status quo» de la actora porque solo representa el 1% del mercado. Enlazamos este primer argumento con la crítica de la equivocada, a juicio, de la actora la calificación de infracción única y continuada.

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). La descripción que hace la resolución sancionadora no se cuestiona por la demandante, se centra más en su valoración que en una realidad que no se pone en duda.

Dice la resolución que BABEL alcanzó acuerdos en relación con la contratación de servicios informáticos por parte de la GISS en los expedientes 7202/06G, 7201/10G y 7201/14G, todos encaminados al mantenimiento de la cuota de prestación de determinados servicios por parte de BABEL.

En el concurso 7202/06G, BABEL alcanzó acuerdos con INDRA y SAG y resultó adjudicataria del lote 7 en UTE con ambas (hechos 74 a 90). Los servicios de este lote 7 del expediente 7202/06G tuvieron su continuidad en el lote 6 del expediente 7201/10G, que a su vez englobaba otros lotes y en el cual BABEL alcanzó acuerdos de cara al mantenimiento de su porcentaje de participación respecto al concurso anterior. Además, BABEL presionó en las negociaciones para asegurarse la subcontratación de otros servicios que en el pasado recayeron en otras empresas.

Los servicios contratados a BABEL en el lote 6 del expediente 7201/10G continuaron en la licitación del expediente 7201/14G, concretamente en el lote 3, en el cual BABEL logró mantener su participación mediante un acuerdo para su subcontratación preferente por la UTE INDRA/SAG/ALDEBARÁN en caso de resultar adjudicataria del contrato, a cambio de no participar en otras ofertas competidoras. Finalmente, esta UTE no logró ser adjudicataria de este contrato, ya que su oferta fue superada por la de la empresa INSA.

En el caso del concurso 7201/13G de la GISS, BABEL indicó que había alcanzado un acuerdo de subcontratación preferente con IBM en caso de que IBM resultase adjudicataria, si bien la adjudicataria fue la UTE INDRA/SAG. Esta UTE subcontrató servicios a BABEL desde el 12 de marzo de 2015 en el concurso 7201/13G, en sustitución del compromiso alcanzado en relación con el lote 1 del concurso 7201/14G, del cual también era adjudicataria. Dado que, como se ha visto, el acuerdo alcanzado por BABEL en relación con el concurso 7201/14G afectaba en un principio al lote 3, que no les fue adjudicado a INDRA/SAG/ALDEBARÁN, cabe considerar que esta subcontratación de BABEL en el concurso 7201/13G es una compensación a BABEL por esta falta de participación final, a través de su subcontratación, respecto a los lotes 1 y 3 del expediente 7201/14G.

BABEL participó en otras prácticas como la presentación de ofertas de cobertura para SAG lo que contribuyó a falsear la competencia. Se detectan estos comportamientos en relación con un contrato del MECD de mayo de 2015 y evidencias de que BABEL alcanzó un acuerdo con SAG para la presentación de una oferta de cobertura en 2009 en relación con un contrato del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, aunque BABEL no respetó el acuerdo y finalmente presentó una oferta más baja, logrando la adjudicación del contrato y generando malestar en SAG, quien se planteó dejar de colaborar con BABEL en el futuro y decidió advertirle de que debía cuidar su relación con SAG. Es cierto que las relaciones en el conjunto del cártel no siempre fueron buenas como se revela en la manifestación de SAG en su reflexión «*Babel debe cuidar su relación con SAG en base sobre todo a medir su lealtad y agresividad comercial*» y señalan que mantendrán una conversación con BABEL «instándole a la revisión de sus métodos, ya que en caso contrario dejaran de colaborar con nosotros». Sin embargo, el que las relaciones con las empresas que lideraban el cártel para el reparto y acceso a las licitaciones no fueran siempre fluidas, lo que revela es precisamente su existencia.



Fueron en el marco de estas licitaciones donde la CNMC detecta y ubica las prácticas colusorias que desencadenaron las conductas sancionadas en la resolución que ahora se cuestiona, y como advertimos la demanda no desvirtúa la realidad de estas actuaciones, a pesar de que discrepa de su valoración y alcance.

En este contexto el menos o mayor porcentaje de participación de la actora carece de relevancia a la hora de tipificar la antijuridicidad de la conducta. Con mayor o menor cuota de mercado su comportamiento no está justificado y contrario al derecho de la competencia. Su trascendencia podrá tener reflejo de cara la cuantificación de la sanción, pero no en la comisión de la infracción.

CUARTO.- Para abordar la crítica a la relevancia de la UTEs, no podemos obviar 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.

Sin embargo parece insistir la demanda que 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 concedora.

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 enjuicamos 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.- Otros de los argumentos de la demanda como la crítica de la falta prueba de la culpabilidad con discriminación entre las empresas, del análisis de los pliegos, los errores en la interpretación de la prueba indiciaria y la ausencia de una acusación concreta, pueden ser integrados en este fundamento y recibir una respuesta conjunta.

Vaya por delante que la Administración les dio respuesta motivada a estos argumentos en los folios 163 y ss. de la resolución sancionadora.

Para constatar la culpabilidad de la actora basta con que nos centremos en algunos de los pasajes de la resolución sancionadora donde se ponen de manifiesto comportamientos, contactos y comunicaciones que mantuvo con otras empresas que resulta incompatibles con la buenas practicas en el derecho de la competencia.

El relación con contratos de la Seguridad Social al folio 43 se constata que el 28 de junio de 2010, BABEL contactó por correo electrónico con INDRA, señalando que en el lote 6 de la GISS BABEL *«ha realizado el 7% del contrato debido a la falta de recursos de las otras compañías de la UTE, y queremos mantener ese porcentaje para el próximo concurso»*, con la pretensión de que resolución INDRA le subcontrate recursos que hasta entonces subcontrataba a EVERIS en el área de gestión documental, que se corrobora con los correos interno de INDRA. En otra de las licitaciones BABEL informó a SAG de que IBM se presentaba con INSA un par de días antes, y que BABEL mantuvo conversaciones con IBM para colaborar de cara a ese concurso, que concluyeron en el compromiso de subcontratarlos en caso de resultar adjudicatarios, con repartos que se corroboran en correos internos de SAG e INDRA. En relación a contratos con otros organismos públicos en el contrato de *«Asistencia técnica para la optimización de la infraestructura de bases de datos Oracle en alta disponibilidad para el sistema de becas del MECD»*, figuran como otras empresas ofertantes y con el mismo precio CIBERNOS y BABEL, detectándose otro tipo de *«favores»* de este corte entre las empresas sin dar explicación razonable alguna.

Es cierto que las relaciones entre las empresas pudieron discurrir por términos en los que no fueran del todo pacíficos, sin embargo, ello no desdice ni la connivencia ni los contactos, al contrario, refuerza la existencia de relaciones no explicables en el mercado. En esta línea podemos destacar, cuando SAG se lamenta del comportamiento de BABEL, pero *«mantendrá el acuerdo previo de una persona de Babel y otra de SAG como hasta ahora y que de cara a la publicación de un concurso de mayor envergadura manifiestan su intención de acudir formando una UTE»*, como se relata al folio 92, por lo que descartan que se pudiera producir una ruptura de los acuerdos.

El contenido de estos contactos, corrobora los hechos que la resolución consideró acreditados, la responsabilidad en que incurrió la actora, la correcta imputación de la conducta anti colusoria, y sobre todo la falta de una explicación razonable por parte de quien recurre que pudiera dar una razón, en el marco del derecho de la competencia, de estos comportamientos.

No apreciamos déficit en la valoración de los hechos que se consideración probados ni valoraciones arbitrarias en las consecuencias que les atribuye la resolución sancionadora. Ni hay inversión de la carga de la prueba, ni incorrectas interpretaciones de la prueba de presunciones. Al contrario, lo que revelan los contactos entre las empresas implicadas y concretamente la actora, es que los comunicados estaban lejos de explicar cuestiones técnicas o procesos informáticos relativos a las licitaciones, sino los simples repartos o posiciones que cada una, en función de su relevancia en los previos acuerdos, inexplicables de conformidad con las buenas prácticas en el ámbito de la competencia.

SEXTO.- La actora pretende su exoneración debido a la confianza legítima que le provocó el comportamiento de la Administración.

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. De hecho, el voto particular no seguido por la mayoría de la Sala de Regulación iba en esta línea.

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.

SÉPTIMO.- 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, la 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.

OCTAVO.- Por último, nos referiremos a la crítica que la demanda hace a la sanción impuesta bajo los parámetros del principio de proporcionalidad y de una supuesta arbitrariedad.

En lo que atañe a la motivación y proporcionalidad de la sanción la resolución parte de un volumen de negocio por importe de 25.356.660 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 57.263.769 euros. Aplica el tipo sancionador del 2,5 % para garantizar el principio de proporcionalidad con el resto de las sancionadas y el carácter disuasorio de la multa.

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 « [I]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) [...]».

NOVENO.- 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 **BABEL SISTEMAS DE INFORMACIÓN, S.L.** , 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.