



Roj: **SAN 3622/2024 - ECLI:ES:AN:2024:3622**

Id Cendoj: **28079230062024100475**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **24/06/2024**

Nº de Recurso: **2623/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0002623 /2019

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 16638/2019

Demandante: SACYR NERVIÓN, S.L.

Procurador: D. MIGUEL ALPERI MUÑOZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Codemandado: GRUPO NAVEC SERVICIOS INDUSTRIALES S.L.

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

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 veinticuatro de junio de dos mil veinticuatro.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 2623/19 promovido por el Procurador D. Miguel Alperi Muñoz en nombre y representación de **SACYR NERVIÓN, S.L.** ("SACYR NERVIÓN") en la actualidad denominada **NERVIÓN INDUSTRIES, ENGINEERING AND SERVICES, S.L.**, contra la resolución de 1 de octubre de 2019, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/DC/0612/2017 MONTAJE Y MANTENIMIENTO INDUSTRIAL, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 1.160.000 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que "... estimando las pretensiones de esta parte, declare que la Resolución de 1 de octubre de 2019 de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC en el Expediente S/DC/0612/17 MONTAJE Y MANTENIMIENTO INDUSTRIAL (incluyendo el Acuerdo de Subsanción 21 de noviembre de 2019) debe ser declarada nula de pleno Derecho o anulada y, por consiguiente, también la sanción impuesta a SACYR NERVIÓN. Subsidiariamente a lo anterior, SUPLICO que se anule la Resolución impugnada y se reduzca muy considerablemente el importe de la multa impuesta a SACYR NERVIÓN. Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada".

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmase el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO.- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 8 de mayo de 2024, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco de la Peña Elías, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución dictada con fecha 1 de octubre de 2019 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/DC/0612/2017 MONTAJE Y MANTENIMIENTO INDUSTRIAL, cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

"Primero. Declarar acreditada una infracción muy grave del artículo 1 de la Ley 16/1989, del artículo 1 de la Ley 15/2007, y del artículo 101 del TFUE, constitutiva de cártel, consistente en acuerdos de fijación de precios mínimos y reparto de licitaciones para la prestación de servicios de montaje y mantenimiento industrial. y la fijación de los precios de estas a través de ofertas de cobertura en los términos previstos en el fundamento de derecho tercero.

Segundo. Declarar responsables de dichas infracciones a las siguientes empresas en los términos previstos en el fundamento de derecho tercero:

(...)

15. SACYR NERVIÓN, S.L.

(...)

Tercero. De conformidad con la responsabilidad de cada empresa en las infracciones a las que se refiere el resuelve anterior, procede imponer las siguientes sanciones:

(...)

15. SACYR NERVIÓN, S.L.: 1.160.000 euros.

(...)

Octavo. De conformidad con el fundamento sexto, remitir la presente resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a los efectos oportunos.

(...)"

Como antecedentes procedimentales de dicha resolución pueden destacarse, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, los siguientes:

1) El 12 de mayo de 2017 la empresa GRUPO NAVEC SERVICIOS INDUSTRIALES, S.L. (NAVEC) presentó ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) una solicitud de exención del pago de la multa a los efectos del artículo 65 de la LDC o, en su caso, subsidiariamente, de reducción de su importe, a los efectos del artículo 66 de la citada Ley. Ponía en conocimiento de la CNMC la posible comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989), del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE. La misma habría consistido en un intercambio de información comercialmente sensible y un reparto de proyectos de servicios de montaje y mantenimiento industrial con



el objeto de mantener las empresas su cuota de mercado, fundamentalmente en los sectores petroquímico y energético.

2) A la vista de la información remitida, la DC inició una información reservada y, con fecha 3 de julio de 2017, concedió la exención condicional a NAVEC en virtud del artículo 65.1.a) de la LDC, por haber sido la primera empresa en aportar elementos de prueba que posibilitaban la realización de una inspección en relación con la infracción comunicada.

3) Los días 4, 5 y 6 de julio de 2017 la DC llevó a cabo inspecciones en las sedes de IMASA INGENIERÍA Y PROYECTOS, S.A. (IMASA), NAVEC, TAMOIN, S.L. (TAMOIN), PROYECTOS Y MANTENIMIENTOS DE INSTRUMENTACIÓN Y ELECTRICIDAD, S.A. (MEISA), y TALLERES MECÁNICOS DEL SUR, S.A. (TMS).

4) A partir de la información obtenida en dichas inspecciones y de la aportada por distintas empresas a su requerimiento, la DC acordó con fecha 7 de marzo de 2018 la incoación del expediente sancionador S/DC/0612/2017 MONTAJE Y MANTENIMIENTO INDUSTRIAL al considerar que existían indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y de la Ley 16/1989 y el artículo 101 del TFUE por prácticas consistentes en el reparto de proyectos licitados para la prestación de servicios de montaje y mantenimiento industrial, particularmente en los sectores petroquímico y energético, en España.

5) Realizados los requerimientos de información que refleja el expediente, con fecha 25 de enero de 2019 el Instructor formuló pliego de concreción de hechos conforme a lo dispuesto en el artículo 50.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio. Pliego del que se dio oportuno traslado a las empresas y directivos interesados, quienes presentaron frente al mismo las alegaciones que tuvieron por conveniente.

6) Acordado el cierre de la fase de instrucción el 5 de abril de 2019, el 13 de mayo siguiente se dictó propuesta de resolución, que fue elevada, junto con las alegaciones presentadas por las empresas y directivos, a la Sala de Competencia, quien acordó la remisión de información a la Comisión Europea prevista por el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 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 requerimientos de información Formulados los TFUE.

7) El 13 de septiembre de 2019 la Sala de Competencia de la CNMC acordó requerir a las empresas el volumen de negocios correspondiente al año 2018; y el 1 de octubre dictó la resolución que ahora se impugna.

SEGUNDO.- Al tratar de los hechos determinantes del acuerdo sancionador, y cuando alude a la cuestión relativa a las partes intervinientes, la resolución recurrida describe a SACYR NERVIÓN, S.L. (SACYR NERVIÓN), como una empresa con domicilio en Madrid y constituida en 2015, tiene como actividad principal la prestación de servicios de montaje y mantenimiento industrial en el sector petroquímico, con actividad en Cataluña, País Vasco, Galicia, Cartagena y Puertollano. Precisa además que NERVIÓN INDUSTRIES, también incoada en el mismo procedimiento, cuenta con una participación del 50% de esta empresa, desarrollando de manera exclusiva los proyectos con REPSOL y los relacionados con los servicios de reparación integral de tanques de almacenamiento.

En cuanto al mercado afectado, y tras aludir al marco normativo, lo identifica con el de prestación de servicios de montaje y mantenimiento industrial, principalmente en los sectores petroquímico y energético. Destaca la relevancia de diferenciar el montaje del mantenimiento, describiendo ambas actividades a continuación de manera separada por sus características propias, aunque, dice, desde el punto de vista de la oferta existe tendencia a ofrecer de manera integrada ambos servicios.

Se refiere también al mercado geográfico y da respuesta, por último, a las alegaciones formuladas por las partes en relación, precisamente, a la configuración del mercado.

A continuación, la resolución advierte de la existencia de una infracción única y continuada por las razones que explicita, concluyendo que la conducta de las empresas incoadas cumple todos los requisitos para ser calificada como cártel, que habría supuesto un reparto de contratos y clientes entre empresas en el mercado del montaje y mantenimiento industrial fundamentalmente para clientes de los sectores petroquímico y energético desde enero de 2001 hasta julio de 2017.

Señala así que los hechos acreditados demostrarían la existencia de un acuerdo de voluntades entre las empresas intervinientes, materializado a través tanto de las reuniones como de los intercambios de información entre los operadores, y dirigido a un objetivo compartido que identifica con el reparto de licitaciones privadas y de una licitación pública.

Alude a la presentación de ofertas de cobertura como principal instrumento utilizado para manipular las ofertas, generando una falsa apariencia de que existe competencia.



Además, advierte que las conductas descritas han producido un falseamiento significativo de la competencia que ha beneficiado a las empresas partícipes.

Asimismo, razona por qué la infracción apreciada ha de calificarse como única y continuada, partiendo de los requisitos exigidos por la jurisprudencia nacional y europea para poder calificar de ese modo la infracción, requisitos que desglosa y relaciona con las particulares circunstancias que considera acreditadas en este caso; todo lo cual le lleva a concluir que *"... las conductas constituyen una infracción única y continuada en que un núcleo duro de empresas participantes en el cártel coordinan en la conducta con otras empresas que, pudiendo no tener un conocimiento preciso de todo lo acordado por las primeras, cumplen, sin embargo el plan preconcebido acordado a sabiendas y siguen las directrices para resultar efectivamente adjudicatarias de determinados contratos y dar apariencia de competencia en otros, alterando en todo caso la competencia"*.

Aborda después la responsabilidad individual de cada una de las empresas y, en cuanto interesa ahora, respecto de SACYR NERVIÓN, S.L., dice lo siguiente:

"Consta acreditada su participación en la reunión de 20 de enero de 2017 (hecho 73) y en el reparto de los contratos de CLH en 2017 ya que, aunque no asistió a la reunión de mayo de 2017 fue tenida en cuenta por el resto de empresas en los diversos escenarios planteados (hecho 75).

Como reconoce SACYR NERVIÓN en sus alegaciones, aparece como destinataria en una serie de correos electrónicos posteriormente intercambiados los días 23 y 24 de mayo de 2017, junto con BOLEA, IMASA, MILLECASA, TMS, BARBADUN, PREMONOR y MEISA en los que se adjunta una tabla con los precios actualizables a medida que las empresas los aportan. También consta su participación en la reunión de 20 de enero de 2017.

Esta Sala recuerda, pese a las alegaciones de SACYR NERVIÓN, que basta el consentimiento tácito para valorar la participación de una empresa en un cártel, insistiendo en que la aprobación tácita de una iniciativa ilegal, sin distanciarse públicamente de su contenido o sin denunciarla a las autoridades administrativas, alienta la continuación de la infracción, pues la complicidad constituye un modo pasivo de participación en la infracción capaz de hacer a la empresa responsable.

A la vista de los citados correos, se estima que dado el carácter claramente anticompetitivo de las conductas, SACYR NERVIÓN debería haber puesto en conocimiento de la CNMC dichos hechos o, al menos, manifestar a las demás empresas que constan en dichos correos su desacuerdo al respecto.

La jurisprudencia citada por SACYR NERVIÓN no es aplicable al presente expediente, dado, en primer lugar, que el intercambio de correos no es el único elemento de prueba. En segundo lugar, en dicho intercambio de correos era constantemente asignatario de la zona dos por lo que su no distanciamiento o reacción es una prueba más de su consentimiento tácito, ya que no se le hacía necesario reaccionar habiendo logrado su propósito.

Esta Sala considera responsable a SACYR NERVIÓN, S.L., por su participación en 2017 en una infracción única y continuada constitutiva de cártel, prohibida por los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE".

TERCERO.- En cuanto a los concretos motivos de impugnación, afirma SACYR en primer lugar en su demanda que la resolución sancionadora es contraria a Derecho por vulnerar la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, lo que relaciona con la falta de prueba suficiente de las conductas que se le imputan.

Cuestiona por ello el valor de las pruebas utilizadas por la CNMC y considera que su acusación se sustenta en sospechas o conjeturas respecto de las que existe, además, una explicación alternativa razonable.

Pues bien, la resolución recoge dos hechos a partir de los cuales aprecia la culpabilidad de SACYR en la comisión de la infracción que se le imputa: su participación en la reunión de 20 de enero de 2017 que se atribuye al cártel, y dos correos electrónicos de 23 y 24 de mayo de 2017.

En cuanto a la reunión, el apartado 74 del relato de hecho de la resolución recurrida indica que *"El 20 de enero de 2017 se celebra otra reunión en un hotel en Madrid con los siguientes asistentes (folios 1.151 y 1.152):*

Tabla 30: Decimoséptima reunión

Empresa

IMASA

MEISA

NAVEC

SACYR NERVIÓN

TAMOIN"



La lectura de los folios de referencia pone de manifiesto la existencia de unas anotaciones manuscritas que aluden a una reunión, que se denomina "Montaje", con indicación de la fecha, el lugar y la hora de celebración, así como los participantes, entre los que se menciona a "Nervión".

La Sala, en el ejercicio de las facultades que le asisten en orden a la libre valoración de la prueba, entiende que tales anotaciones sí acreditan la participación de la entidad actora en aquella reunión, en especial si se advierte que SACYR no ofrece una explicación alternativa convincente que pudiera justificar que se le incluyera entre los asistentes.

En relación a esta imputación afirma la recurrente que la CNMC no prueba cual fue el contenido de dicha reunión. En cualquier caso, se acredita la participación en la misma de diversas empresas competidoras, que intervienen además en una licitación posterior y sin que, ante tales evidencias, la actora facilite una explicación plausible acerca de cualquier otra finalidad lícita que pudiera justificar el encuentro.

Y la posibilidad, sugerida por la recurrente, de que la anotación "Nervión" se refiriese a otra de las empresas incoadas, NERVION INDUSTRIES, ENGINEERING AND SERVICES, S.L., debe rechazarse desde el momento en que esta empresa, a la que la CNMC atribuye la participación en el cártel de 2001 a 2009, no se sumó de nuevo al mismo en 2014 cuando fue contactada, lo que constaría acreditado. Por tanto, es incuestionable que no formaba parte de los acuerdos el 20 de enero de 2017, fecha de la reunión, y que la anotación no podía referirse a ella.

Por otro lado, tienen también un alcance incriminatorio claro los correos de 23 y 24 de mayo de 2017 en los mismos términos en que lo hace la resolución sobre la base de los hechos relacionados en el apartado 75.

En dichos correos, y en relación a la licitación de CLH, se adjunta una tabla con los precios que se van actualizando a medida que las empresas los aportan (folios 7.904, 7.906 y 7.909 a 7.918):

"(...)Adjunto las tablas comparativas de precios actualizadas.

Faltan los precios de Mto. Mecánico de Meisa y Atrian".

Como recoge también la resolución y se acredita a los folios 7.912 y 7.913 del expediente, el 24 de mayo de 2017 BOLEA remitió, entre otros, al representante de SACYR NERVIÓN un correo electrónico, con asunto *RE: Comparativa precios Mtos 2017* del siguiente contenido:

"(...) Analizando los precios que tenemos de media, proponemos que el precio medio por tanques esté en la horquilla de 275000- 305000 euros. No vemos creíble que Andalucía oriental y occidental esté con una diferencia de casi 50000 euros por ejemplo..., así como otros casos que son evidentes como Gijón y Coruña.... Para las islas se habló de un 15% más no un 25%.

Podría darse el caso de que CLH tome cartas en el asunto y vean el panorama. Sobre el preciarío de mnto que creemos está más encauzado proponemos la horquilla entre 340000-390000 euros... dentro del mismo fundamento que lo anterior Bajo nuestro punto de vista si las horquillas no están alineadas y dentro de un orden de magnitud con respecto a los precios actuales, no valdrá para nada todo esté negociado (...)"

También el 24 de mayo de 2017, IMASA remitió otro correo electrónico a SACYR NERVIÓN y a otros adjuntando el *"cuadro final con los precios de los ganadores a cubrir a partir de 5%"*.

En la pestaña denominada "CUADROS PRECIOS POR ZONA", hay un cuadro con el título "MTO. MECÁNICO INSTALACIONES ALMACENAMIENTO 2017" en el que se diferencian diez zonas. Asignando a SACYR NERVIÓN la zona 2. (folios 7.915 a 7.918, 11.435 y 11.438).

El contenido de estos correos es tan gráfico que no puede dudarse de eficacia incriminatoria en cuanto a la prueba de la participación de SACYR en el reparto acordado.

Y, desde luego, dicha duda no queda disipada por las afirmaciones de la demandante por cuanto al recibo de los referidos correos pudo -y debió- hacer manifestación expresa de su apartamiento del cártel, teniendo presente que el contenido de los correos no se reduce, como hemos visto, y frente a las afirmaciones de SACYR, a adjuntar tablas cuyo contenido dice desconocer, sino que fijan horquillas de precios y asignan zonas a cada una de las empresas, correspondiendo a SACYR la zona 2.

En definitiva, la constancia de la asistencia a la reunión de 20 de enero de 2017 y los correos de 23 y 24 de mayo siguientes constituyen un conjunto de pruebas suficiente para entender acreditadas las conductas que la CNMC atribuye a SACYR.

No podemos dejar de destacar aquí las peculiaridades que presenta la prueba de esta clase de infracciones.



En sentencia de esta Sección de 27 de junio de 2022, recurso núm. 297/2017, hemos señalado lo siguiente: *"Vistas las diferentes posturas que mantienen ambas partes, debemos, entonces, examinar si efectivamente existen pruebas que permitan dar por acreditada la participación de la recurrente en la infracción única y continuada imputada. Y, en este sentido, ya en sentencia de fecha 9 de junio de 2016, recaída en el recurso 551/13, decíamos que: "En este tipo de actuaciones es difícil encontrarse con la existencia de pruebas directas que permitan acreditar la participación en las conductas infractoras; lo normal es que sea a través de indicios. Pues bien, la prueba de indicios está ampliamente aceptada por la jurisprudencia constitucional desde la SSTC 174 y 175/1988, y resulta práctica habitual en materia de cárteles, siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador, se encuentren en directa relación con las consecuencias que se pretenden extraer de los mismos y no exista una explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que llega la Administración". Consideraciones que ratificamos en la sentencia de 15 de julio de 2016, recurso número 293/2012 que, al tratar sobre la prueba de indicios, decíamos: "(...) es bien sabido que su utilización en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998/7741) y 28 de enero de 1999 (RJ 1999/274). Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano. Pues bien, todos los elementos fácticos señalados -cita en documentos y comportamiento de la actora-, llevan a una sola conclusión posible, y es la participación de la recurrente en los hechos que se le imputan; sin que se haya ofrecido una explicación alternativa razonable, y sin que la Sala alcance a encontrar otra explicación distinta de la dada por la CNC a los hechos que nos ocupan".*

Ya desde la sentencia de 6 de marzo de 2000, recurso núm. 373/93, el Tribunal Supremo viene declarando al referirse a la prueba de presunciones que *"estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o concertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda"*.

Y en el ámbito europeo, podemos citar la sentencia de 27 de setiembre de 2006 del Tribunal General de la Unión Europea (TGUE), (asuntos acumulados T-44/02 OP, T-54/02 OPM, T-56/02 OP, T-60/02 OP y T-61/02 OP), que, en cuanto a la prueba de presunciones en materia de Derecho de la Competencia, señala que: *"Habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes. Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas sobre competencia (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartados 55 a 57)"*.

También el Tribunal General en la sentencia de 3 de marzo de 2011 Caso Siemens/Comisión, asunto T-110/07 al referirse a la carga de la prueba declara lo siguiente:

"(46)... es necesario que la Comisión presente pruebas precisas y concordantes para demostrar la existencia de la infracción (sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión), apartado 44 supra, apartado 62), y para asentar la firme convicción de que las infracciones alegadas constituyen restricciones sensibles de la competencia a efectos del artículo 81 CE, apartado 1 (sentencia de 21 de enero de 1999, Riviera Auto Service y otros/Comisión, T-185/96, T-189/96 y T-190/96, Rec. p. II-93).

(47) Sin embargo, debe señalarse que no todas las pruebas aportadas por la Comisión deben necesariamente responder a dichos criterios por lo que respecta a cada elemento de la infracción. Basta que la serie de indicios invocada por la institución, apreciada globalmente, responda a dicha exigencia (véase la sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión, apartado 44 supra, apartado 63, y la jurisprudencia citada).

(48) Además, habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia y de la clandestinidad en la que se ejecutan, por tanto, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes. Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación



coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencia *Dresdner Bank* y otros/ Comisión apartado 44 *supra*, apartados 64 y 65, y sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004 [TJCE 2004, 8], *Aalborg Portland* y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartados 55 a 57)".

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de fecha 12 de diciembre de 2014 declara en el asunto T-562/08 que "... en la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia se infiere de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencia *Aalborg Portland* y otros/Comisión, citada en el apartado 98 *supra*, apartados 55 a 57; véase la sentencia *Dresdner Bank* y otros/Comisión, citada en el apartado 98 *supra*, apartados 64 y 65, y la jurisprudencia citada)".

Y en cuanto a la posición del Tribunal Supremo sobre la cuestión podemos destacar, entre otras, la sentencia dictada en fecha 19 de junio de 2015, recurso 649/13, que se pronuncia sobre el alcance de esta clase de prueba en parecidos términos.

CUARTO.- Sostiene la demandante que resulta incorrecta la calificación de la conducta que se le atribuye como una infracción única y continuada, y ello al no concurrir los requisitos a los que la jurisprudencia condiciona dicha calificación.

Anticipamos que no podemos compartir esa apreciación a la vista de la operativa que ha seguido el cártel desde su inicio, y que se mantuvo también en la licitación de 2017 en la que se atribuye su participación a SACYR.

Recordábamos en la reciente sentencia de 28 de diciembre de 2023, recurso núm. 131/2018, la jurisprudencia europea sobre esta cuestión:

"El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia dictada en fecha 24 junio 2015, asunto C-263/2013 refiere lo que es una infracción única y continuada al señalar lo siguiente:

"156. Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, puede resultar no sólo 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. Por ello, cuando las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto», debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens (TJCE 2012, 371), C 441/11 P, EU:C:2012:778, apartado 41 y la jurisprudencia citada).

157. Una empresa que haya participado en tal infracción única y compleja mediante comportamientos propios, subsumibles en los conceptos de acuerdo o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, y que pretendían contribuir a la ejecución de la infracción en su conjunto, puede así ser también responsable de los comportamientos adoptados por otras empresas en el marco de la misma infracción durante todo el período de su participación en dicha infracción. Así sucede cuando se acredita que la citada empresa intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos infractores previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencia Comisión/ Verhuizingen Coppens (TJCE 2012, 371), C 441/11 P, EU:C:2012:778, apartado 42 y la jurisprudencia citada)".

Y la Sentencia de 17 de mayo de 2013 (TJCE 2013, 116) Asunto T-147/09 *Trelleborg Industrie*, apartados 59 y ss, precisa que:

"a) En el marco de una infracción que dura varios años, no impide la calificación de infracción única el hecho de que las distintas manifestaciones de los acuerdos se produzcan en períodos diferentes, siempre que pueda identificarse el elemento de unidad de actuación y finalidad.

b) De acuerdo con una práctica jurisprudencial constante se han identificado una serie de criterios que ayudan a calificar una infracción como única y continuada, a saber: la identidad de los objetivos de las prácticas consideradas, de los productos y servicios, de las empresas participantes, y de las formas de ejecución, pudiéndose tener en cuenta, además, la identidad de las personas físicas intervinientes por cuenta de las empresas implicadas y la identidad del ámbito de aplicación geográfico de las prácticas consideradas.

c) La Comisión puede, en consecuencia, presumir la permanencia de una empresa durante todo el período de duración del cártel, aunque no se haya acreditado la participación de la empresa en cuestión en fases concretas,



siempre que concurren los elementos suficientes para acreditar la participación de la empresa en un plan conjunto con una finalidad específica, que se prolonga en el tiempo. La consecuencia inmediata de ello es que el "dies a quo" del plazo de prescripción, se computa a partir del cese de la última conducta (...). ... si no existen pruebas que permitan demostrar directamente la duración de una infracción, la Comisión debe basarse al menos en pruebas de hechos suficientemente próximos en el tiempo, de modo que pueda admitirse razonablemente que la infracción prosiguió de manera ininterrumpida entre dos fechas concretas (véanse las sentencias del Tribunal de 7 de julio de 1994, Dunlop Slazenger/Comisión, T-43/92, Rec. p. II-441, apartado 79, y de 16 de noviembre de 2006, Peróxidos Orgánicos/Comisión, T-120/04, Rec. p. II-4441, apartado 51, y la jurisprudencia citada)".

Frente a lo afirmado por la entidad actora, concurren en el presente caso, y además de una manera especialmente clara, las notas que caracterizan a esta clase de infracciones pues la dinámica y naturaleza de las conductas, su prolongación en el tiempo y la existencia de un objetivo común resultan sin duda acreditados a la vista de la prueba acopiada a lo largo del expediente.

En efecto, la existencia de un objetivo común perseguido por las entidades sancionadas se advierte en la voluntad de restringir la competencia en la prestación de los servicios de montaje y mantenimiento industrial, fundamentalmente en los sectores petroquímico y energético.

La unidad de acción se manifiesta por la existencia de reuniones, el intercambio de información entre las empresas y la conducta evidenciada en las licitaciones, del todo ajustada a los acuerdos que se habían alcanzado, sin que se ofrezca una explicación razonable que justificase que se trataba de decisiones autónomas de las empresas, al margen de ese objetivo común.

Afirma SACYR que no pudo tomar parte en ese plan común por cuanto no se dedica a las actividades que son objeto del cártel, ya que no prestaba servicios de montaje y mantenimiento industrial en el sector energético, y afirma así que *"... únicamente desarrollaba actividades de montaje y mantenimiento industrial en el sector petroquímico nacional, en contraste con la práctica totalidad del resto de empresas sancionadas"*.

Además, sostiene que no contribuyó en ningún caso al supuesto objetivo común de restringir la competencia, ni de coordinar su comportamiento con otros competidores, destacando que su supuesta participación quedaría limitada a un corto período de 2017 por lo que faltaría el aspecto, que califica de esencial, de la *"... reiteración o permanencia en el tiempo inherentes al concepto de infracción única y continuada"*.

Respecto de lo primero, es claro que el hecho de que la empresa no se dedicase a las actividades objeto del cártel - actividades de montaje y mantenimiento industrial en el sector energético-, sino a servicios de montaje y mantenimiento industrial en el sector petroquímico nacional, no impide su participación en los acuerdos cuando es lo cierto que dicha participación consta de manera contrastada al haber intervenido en la licitación de CLH en las condiciones que se han igualmente acreditado. Es decir, el sector de actividad habitual de la empresa -sector petroquímico- no cierra por definición la posible actividad colusoria en un sector distinto - industrial-. Sería en su caso la incoada la que, ante las evidencias descritas, debería haber acreditado esa imposibilidad de intervención, lo que no ha hecho en modo alguno.

Y por lo que se refiere a la exigencia de reiteración o permanencia para poder apreciar la participación en una infracción única y continuada, hemos de decir que no es necesaria, y que basta una participación única en la comisión de la infracción para que sea válida la imputación como infracción única y continuada, siempre que concurren los presupuestos necesarios de esta clase de infracciones.

En efecto, la continuidad en el tiempo de la infracción no requiere que el comportamiento de cada una de las empresas sea igualmente reiterado pues, como señala la ya citada sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens TJCE 2012, 371, "45... *el hecho de que una empresa no haya participado en todos los elementos constitutivos de una práctica colusoria o que haya desempeñado un papel menor en los aspectos en los que haya participado no es relevante al imputarle una infracción, dado que únicamente procede tomar en consideración dichos elementos cuando se valore la gravedad de la infracción y, en su caso, se determine la multa (sentencias antes citadas Comisión/Anic Partecipazioni, apartado 90, así como Aalborg Portland y otros/Comisión, apartado 86)."*

En definitiva, la Sala no alberga duda alguna, ni del objetivo común perseguido por las empresas incoadas, cuál era el de restringir la competencia en la prestación de los servicios de montaje y mantenimiento industrial, ni de que SACYR participó del mismo en la medida en que intervino en la licitación de CLH bajo los acuerdos adoptados con el resto de competidores, y en los términos que reflejan los correos analizados. Participación consciente que permite afirmar que conocía la existencia del plan encaminado a ese objetivo común, así como el comportamiento coincidente del resto de las empresas dirigido a idéntico objetivo.

Por tanto, el motivo debe rechazarse pues la imputación de la infracción única y continuada a SACYR cumple las exigencias a las que se condiciona la calificación como tal.



QUINTO.- Aduce también la recurrente que se le ha generado indefensión material al no accederse a la práctica de la prueba que propuso en el expediente.

En particular, pone de relieve que *"... mi mandante solicitó en sus respectivos escritos de contestación al PCH y a la PR que se practicara una prueba muy sencilla: cursar un requerimiento de información al directivo de IMASA autor de las anotaciones manuscritas personales recabadas durante la inspección, y que sirven como base de la imputación de SACYR NERVIÓN, al objeto de que confirmase la falta de implicación de mi mandante en la reunión. Sin embargo, la CNMC optó -tanto en fase de instrucción como de resolución del Expediente- por no practicar dicha prueba"*.

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

Pues bien, la DC entendió que las pruebas testificales propuestas no podían modificar el sentido de la propuesta de resolución al carecer la información que pudieran aportar de la entidad suficiente, lo que es coherente con lo ya dicho al analizar la cuestión de cuál es la empresa identificada con la palabra "Nervión" en las anotaciones manuscritas que reflejan las intervinientes en la reunión de 20 de enero de 2017, y la consiguiente imposibilidad de que pudiera aludir a otra distinta que la recurrente (en concreto, a NERVION INDUSTRIES, ENGINEERING AND SERVICES, S.L.).

En estas circunstancias, bien pudo SACYR reproducir su petición de prueba en este proceso. Sin embargo, la prueba propuesta en la demanda, y admitida por la Sala, ha consistido únicamente en la documental relacionada en el mismo escrito de demanda, ajena en todo caso a esta cuestión, lo que obliga a rechazar que pudiera haberse generado la pretendida indefensión.

SEXTO.- A juicio de SACYR, la resolución es nula por caducidad del expediente.

Justifica dicha afirmación partiendo de lo dispuesto en el artículo 36.1 LDC, y 28.4 y 38.1 del RDC.

Sobre la base de lo dispuesto en esos artículos, razona lo siguiente:

"En el presente caso, el dies a quo del plazo de 18 meses para resolver y notificar la Resolución impugnada (esto es, el de incoación del Expediente) se produjo en fecha 7 de marzo de 2018, por lo que el dies ad quem (esto es, el de notificación de la Resolución) debería haberse producido como fecha límite el 7 de septiembre de 2019. Con las suspensiones acordadas durante la tramitación del Expediente, el Consejo de la CNMC indicaba en su último acuerdo de levantamiento de la suspensión que el nuevo dies ad quem para resolver y notificar la Resolución debería haber tenido lugar el 21 de octubre de 2019 como máximo."

"Si bien es cierto que la notificación de la Resolución a SACYR NERVIÓN tuvo lugar el 4 de octubre de 2019, tal y como acredita el acuse de recibo que obra en el folio 29.876 del Expediente, es igualmente cierto que la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC dictó posteriormente el Acuerdo de Subsanación en fecha 21 de noviembre de 2019, y éste no fue notificado hasta el 29 de noviembre de 2019 (esto es mucho tiempo después de haber transcurrido el plazo máximo de resolución del Expediente)".

Ha de decirse, sin embargo, que el referido acuerdo de subsanación de 21 de noviembre de 2019 no tenía otro alcance, al menos en el caso de la empresa aquí recurrente, que el de precisar el período temporal de su participación en la infracción. Así, en el texto original de 1 de octubre de 2019 se consignaba respecto a SACYR, en el cuadro correspondiente, y en relación a la duración de la conducta, solo el dato "2017", y en el texto corregido se sustituye esa indicación general por la de "Enero de 2017 - Julio de 2017".



Es decir, dentro del año 2017 lo que hace la rectificación de errores es precisar el período concreto, sin modificar los restantes datos del cuadro: se mantiene tanto el *Volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA, EUROS)* - 18.379.792-, como la *Participación en el VNMA total de la infracción (%)* -2%-, de tal forma que no obstante las alegaciones de la recurrente, la rectificación de errores resultó para ella del todo irrelevante.

Por tanto, no cabe sino concluir que la notificación de la resolución a SACYR se produjo dentro del plazo de dieciocho meses, con la consecuencia de que el procedimiento no había caducado.

SÉPTIMO.- Sostiene la empresa actora que la sanción que le impone la resolución recurrida vulnera la jurisprudencia comunitaria sobre la duración de infracciones en precedentes relacionados con licitaciones, además de ser arbitraria y manifiestamente desproporcionada.

En cuanto a lo primero, argumenta que, puesto que únicamente se le imputa la licitación de CLH, el periodo de infracción atribuido, de enero a julio de 2017, carece de justificación. Se remite en este punto a la doctrina del TJUE reflejada en la sentencia de 14 de enero de 2021 en el Asunto C-450/19, *Kilpailu- ja kuluttajavirasto*, apartado 35, y considera de acuerdo con la misma que *"... la duración de un cártel de manipulación de procedimientos de licitación transcurre únicamente por el período durante el cual las empresas habían participado en la conducta prohibida, cesando necesariamente en la fecha en que las características esenciales del contrato público -y en particular el precio- se determinen definitivamente; es decir, en el momento de la presentación de la oferta o, si el precio se negocia posteriormente, cuando se concluye el contrato y no se puede determinar que se extienda más allá de ese momento"*, lo que supondría que en su caso la CNMC sólo pudo considerar dentro del período temporal imputado a SACYR NERVIÓN el tiempo transcurrido desde la fecha de la convocatoria de la Licitación de CLH hasta la fecha de presentación de la oferta en cuestión.

Este razonamiento olvida, sin embargo, que las conductas por las que se sanciona a SACYR incluyen su participación en la reunión de enero de 2017, como hemos visto, que marcaría el momento inicial de su participación en el cártel. Y, en cuanto a su finalización, vendría determinada por el inicio de las actuaciones de la CNMC motivadas por la solicitud de clemencia presentada por NAVEC. Y es que, no obstante, la jurisprudencia europea señalada, ha de entenderse que la infracción continuada de cártel siguió desplegando sus efectos en relación a la empresa actora al no constar su expreso apartamiento del mismo.

OCTAVO. - Por lo que se refiere a la arbitrariedad en la fijación del importe de la sanción, y su insuficiente motivación, es lo cierto que aparecen reflejados en la resolución recurrida, bajo la rúbrica *Determinación de la sanción*, los parámetros tenidos en cuenta por la CNMC para cuantificar la multa.

En efecto, se indica que el porcentaje sancionador debe determinarse sobre la base de graduación que proporcionan los criterios contemplados en el artículo 64.1 de la LDC, y precisa que la infracción acreditada cometida por la entidad actora es una infracción muy grave prevista en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Siguiendo las pautas del citado artículo 64, alude a las características del mercado afectado (art. 64.1.a), que identifica con el de servicios de montaje y mantenimiento industrial.

En relación a la duración de la infracción como parámetro a tener en cuenta para graduar la sanción, determina que *"La duración de la conducta (art. 64.1.d) abarca desde enero de 2001 hasta julio de 2017. Si bien la duración de la participación de cada una de las empresas infractoras varía, puede afirmarse que se trata de una conducta de larga duración"*.

Aborda la cuestión de los efectos de la conducta y declara al respecto lo siguiente:

"... ha quedado acreditada la existencia de efectos en el mercado (art. 64.1.e), al haberse eliminado o reducido la competencia en los contratos de al menos 17 operadores privados en su mayoría pertenecientes a los sectores petroquímico y energético. Las empresas sancionadas eliminaron la incertidumbre propia de un mercado competitivo al unificar las condiciones de sus ofertas, con el consiguiente perjuicio para sus clientes, principalmente empresas privadas. Además, debe tenerse en cuenta que se trata de un cártel especialmente sofisticado en el que se prevenían sistemas de seguimiento y vigilancia del cumplimiento de los acuerdos, como ya ha sido explicado en esta resolución".

Sobre la base de todo ello, entiende que cuenta con unos criterios de valoración suficiente de la infracción que se traducen en un tipo sancionador general del 5,2%, menos para ACSA, ATRIAN, ENWESA, LA PUERTOLLANENSE y FAYSOL, empresas que habrían tenido una participación cualitativamente inferior al resto, y para las que se fija un tipo sancionador general del 4,8%.

Hechas estas consideraciones generales, y en cuanto a los criterios para la valoración de la conducta de cada una de las entidades incoadas, toma en consideración la duración individual, el volumen de negocios del



mercado afectado por cada empresa, así como el porcentaje de participación de cada una de ellas en el total del volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA) durante la infracción.

En el caso de SACYR, supone que las conductas se habrían extendido por los períodos enero 2017-julio 2017, y fija su volumen de negocios en el mercado afectado en la cantidad de 18.379.792 euros, que determina un porcentaje de participación en el volumen de negocios total del mercado afectado del 0,2%.

Descarta la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes y se remite a los factores que, con arreglo a la citada sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, han de condicionar la cuantificación de la sanción, como son la gravedad de la infracción, características y dimensión del mercado afectado, ámbito geográfico de la conducta, duración de la infracción y participación de las infractoras en la conducta. Advierte además que, a efectos de no rebasar los límites que impone la proporcionalidad de la sanción, se ha llevado a cabo una estimación del beneficio ilícito que cada entidad infractora podría haber obtenido de la conducta bajo supuestos muy prudentes, aplicando un factor incremental de disuasión.

Finalmente, todo ello lleva a la CNMC a fijar el tipo sancionador de SACYR en el 5,20% de su volumen de negocios total en 2018, lo que determina una sanción de 1.160.000 euros.

No obstante, y precisamente en el caso de SACYR NERVIÓN, declara que la sanción en euros que le corresponde según el tipo sancionador total ponderado determinados anteriormente es superior al valor de referencia estimado para la empresa, por lo que la multa impuesta se ha ajustado a la baja para evitar que resulte desproporcionada.

Pues bien, frente a todo ello han de ceder las críticas de falta de motivación, arbitrariedad o de desproporción de la sanción en las que insiste la demandante.

Como señala el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de julio de 2006, recurso núm. 466/2003, *"La exigencia de motivación de los actos administrativos constituye una constante de nuestro ordenamiento jurídico y así lo proclama el art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (antes, art. 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958), teniendo por finalidad la de que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto. Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del art. 9 CE de la Constitución y que también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no sólo por el art. 24.2 CE sino también por el art. 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa). Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000 incluye dentro de su artículo 41, dedicado al "Derecho a una buena Administración", entre otros particulares, "la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones"*.

Y es que la resolución indica, en aplicación estricta del artículo 64 de la Ley 15/2007, los 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 181)."*

Por tanto, ni hay falta de motivación, ni se han ignorado los artículos 63 y 64 de la LDCA al cuantificar la multa, ni se ha producido, en fin, infracción alguna de los principios de graduación y proporcionalidad a que se refiere la demandante.

NOVENO. - Por último, se denuncia en la demanda que "La CNMC carece de competencia para declarar la concurrencia de una prohibición de contratar"; que la supuesta participación de SACYR en la conducta sancionada no merece la imposición de dicha prohibición; y que la aplicación de la prohibición de contratar sin una sentencia firme "... generaría los efectos contrarios a los que pretende evitar".

No compartimos estas afirmaciones a la vista del criterio mantenido por el Tribunal Supremo en sentencias de 1 de diciembre de 2021, recurso de casación núm. 7659/2020, y en las de 23 y 28 de marzo de 2022, dictadas en los recursos de casación 7454/2020 y 1758/2020, respectivamente, que se pronuncian sobre la posibilidad de suspender cautelarmente la prohibición de contratar impuesta por la CNMC en supuestos del todo análogos al que examinamos ahora.



En estos casos, el Tribunal Supremo no cuestiona la competencia de la CNMC para imponer tal prohibición, y declara que la cuestión de interés casacional planteada "... consiste en determinar si la declarada prohibición de contratar que incluye la resolución sancionadora dictada por la CNMC ha de entenderse inmediatamente ejecutiva a los efectos de su eventual suspensión cautelar o, por el contrario, la ejecutividad de dicha medida se produce en un momento posterior tras la tramitación del procedimiento correspondiente ante la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado".

A lo que da la respuesta siguiente:

"A tal efecto debe afirmarse que la prohibición de contratar acordada por la CNMC al amparo del art. 71.1. b) de la LCSP es una limitación anudada a la imposición de una sanción firme por una infracción grave en determinadas materias. Los efectos de la prohibición de contratar solo se producen, y la limitación solo es ejecutiva, desde el momento en el que se concreta el alcance y duración de la prohibición, bien en la propia resolución sancionadora bien a través del procedimiento correspondiente y, en este último caso, una vez inscrita en el registro.

Ello no impide que el órgano judicial, por vía cautelar, pueda suspender la remisión a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado cuando, entre otros supuestos, haya considerado necesario suspender cautelarmente la sanción a la que va anudada"

Asimismo declara expresamente en las referidas sentencias de 23 y 28 de marzo de 2022, que *"De lo dispuesto en el art. 72.2 de la LCSP se desprende que, si bien la procedencia de imponer la prohibición de contratar se debe contener en la resolución sancionadora, el alcance y duración de dicha prohibición puede concretarse de dos formas distintas: a) en la propia resolución sancionadora; b) o si la resolución sancionadora no contiene un pronunciamiento sobre extremo, "mediante procedimiento instruido al efecto, de conformidad con lo dispuesto en este artículo". Este procedimiento (art. 72.3 de la LCSP) "corresponderá al Ministro de Hacienda y Función Pública previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, o a los órganos que resulten competentes en el ámbito de las Comunidades Autónomas en el caso de la letra e) citada". Por ello, el órgano administrativo que ha impuesto la sanción a la que anuda la prohibición de contratar remitirá de oficio testimonio a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado"; y añadíamos: "Ya hemos destacado anteriormente que si bien es la resolución sancionadora la que declara la prohibición de contratar, el alcance y duración de dicha medida puede diferirse a un momento posterior, remitiendo, en este caso, testimonio de las actuaciones a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado para que elabore una propuesta y sea el Ministro de Hacienda y Función Pública o los órganos que resulten competentes en el ámbito de las Comunidades Autónomas los que concreten el alcance de la prohibición".*

Ninguna objeción de legalidad puede ponerse, por tanto, a que la CNMC imponga en la resolución sancionadora la prohibición de contratar; ni tampoco a que lo haya hecho en el caso de SACYR, cuyas valoraciones en torno a que su conducta no lo merece no tienen otro fundamento que su particular criterio, teniendo en cuenta que la pretendida levedad y la corta duración de dicha conducta, según la misma SACYR, habrán de tener reflejo, en su caso, en la fijación de la duración y alcance de la prohibición que habrá de determinarse mediante procedimiento tramitado de acuerdo con el artículo 72.2 de la LCSP, y previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en los términos en que lo acuerda la misma resolución aquí recurrida y que resultan conformes con la jurisprudencia descrita.

DÉCIMO. - Procede, en atención a lo expuesto, la íntegra desestimación del recurso, por lo que las costas causadas en esta instancia habrán de ser satisfechas por la parte actora en aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Miguel Alperi Muñoz en nombre y representación de **SACYR NERVIÓN, S.L.** ("SACYR NERVIÓN") en la actualidad denominada **NERVIÓN INDUSTRIES, ENGINEERING AND SERVICES, S.L.**, contra la resolución de 1 de octubre de 2019, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente S/DC/0612/2017 MONTAJE Y MANTENIMIENTO INDUSTRIAL, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 1.160.000 euros. Resolución que declaramos ajustada a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la parte actora.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ