



Roj: **SAN 3373/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:3373**

Id Cendoj: **28079230062014100426**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **11/07/2014**

Nº de Recurso: **556/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a once de julio de dos mil catorce.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la *Sección Sexta* de la **Sala de lo Contencioso-Administrativo**, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 556/11, seguido a instancia de "**Contratas Iglesias SA**", representada por el Procuradora de los Tribunales **D^a Isabel Juliá Corujo** con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. Ha intervenido como codemandados: Excavaciones Saiz, S.A. y Gehorsa, Asfaltos de Leon S.A, Asfaltos y Construcciones Elsan, S.A. (Elsan), representados respectivamente por los Procuradores de los Tribunales D. Manuel Lanchares Perlado, D. Argimiro Vazquez Guillen y D. Germán Cesáreo Marina Grimau.

El recurso versó sobre impugnación de **Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC)**, la **cuantía se fijó en 232.660 €**, e **intervino como ponente el Magistrado Don SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**. La presente **Sentencia se dicta con base en los siguientes:**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO :- Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario el conocimiento de los siguientes hechos:

1. La recurrente es una empresa asturiana especializada en la construcción de obras públicas, reparación y conservación de de obras de carreteras, ferrocarriles, hidráulicas, riegos, puertos, aeropuertos etc. Sus accionistas son personas físicas.
2. Según se indica en el FJ 1º de la resolución recurrida, el objeto de la investigación se ha centrado en una serie de contactos y reuniones entre empresas competidoras en el sector de las licitaciones públicas de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de formes y plataformas convocadas en todo el territorio nacional. Su objeto ha sido conocer las ofertas que iba a presentar cada una, para presentar bajas inferiores a las ofertadas en condiciones competitivas y así aumentar artificialmente las ofertas económicas realizadas ante cada licitación. Las empresas involucradas en el acuerdo se repartían, a modo de compensación, la diferencia entre la oferta final y la competitiva, asignando mayores cantidades a las empresas que hubieran presentado bajas más elevadas en competencia.
3. La recurrente, según se indica en la página 105 de la resolución recurrida, intervino en la reunión secreta de 16 de diciembre de 2008, y de este modo participó en la licitación convocada por el Ministerio de Fomento 32-MU-5630.
4. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), mediante resolución de fecha 19 de octubre de 2011, adoptó las siguientes decisiones:
 - a) Declarar que la actuación de la entidad recurrente es constitutiva de



una infracción del artículo 1.1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia, consistente en la coordinación de sus comportamientos competitivos para alterar el resultado de las licitaciones públicas de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas y, en particular, el importe de la baja presentada en dicha licitación.

b) Imponer a la entidad recurrente una multa de 232.660 euros.

c) Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento de la resolución.

SEGUNDO:- Por la representación de la actora se interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución precedente, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

1. Incumplimiento de los requisitos de la prueba indiciaria:

-La recurrente sólo ha participado en una de las licitaciones a las que se refiere el expediente, en la que, además, no fue adjudicataria de la obra.

-La única prueba de su participación en la concertación es el folio 1111 del expediente administrativo, documento privado, elaborado por un competidor. Este documento, que expresamente impugna y que es la única prueba en contra de la recurrente, es contradictorio respecto de la eventual participación de la recurrente, pues establece dos cifras distintas en relación con las eventuales proposiciones de la recurrente.

-Del referido documento sólo se conoce una versión escaneada, no habiendo tenido la recurrente acceso al documento original, a pesar de haberlo solicitado en la ampliación del expediente.

2. Infracción del artículo 63.1. c) de la Ley 15/2007, en la fijación de la cuantía de la sanción:

- Invoca las sentencias recaídas en los recursos 679/2011 y 699/2011 en el sentido de que la sanción máxima no puede exceder el 10% del volumen de negocio de la recurrente, que en 2010 fue 4.364.596 euros.

-La CNC ha tomado en cuenta, con infracción del precepto citado, la cifra de negocios de 2009 y un mes de 2008.

-Es contrario al principio de proporcionalidad imponer a una entidad que sólo ha participado en una licitación, una multa calculada sobre un coeficiente del 5% del volumen de negocio, cuando el máximo es un 10%.

TERCERO:- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida. Para sostener esta pretensión, tras explicar la organización, funcionamiento y elementos de prueba generales, se alegó lo siguiente:

1. Presunción de inocencia: Falta de prueba:

-Se remite a la página 105 de la resolución recurrida en la que la CNC establece las bases de su razonamiento y los indicios y pruebas indirectas que toma en consideración para llegar a la conclusión de que procedía imponer las sanciones (folio 1111). Subraya que consta la participación de la recurrente en la reunión de 16 de diciembre de 2008, y su participación en la licitación 323-MU-5630, convocada por el Ministerio de Fomento.

-El documento incriminatorio fue hallado en la sede de una de las empresas también sancionadas, coincide con otras fuentes y muestra la coordinación de los distintos agentes del cártel.

2. Cuantificación de la sanción:

-La sanción ha sido graduada con arreglo al artículo 64 de la LDC y la Comunicación sobre la cuantificación de sanciones, partiendo de la delimitación del mercado afectado. Estima particularmente grave la conducta descrita y destaca que el conjunto de las actuaciones sancionadas, ha puesto de manifiesto que la práctica colusoria en cuestión ha supuesto un encarecimiento de, al menos el 20%, del precio de los contratos en perjuicio de los intereses públicos.

CUARTO:- Practicada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

QUINTO:- Señalado el día 24 de junio de 2014 para la votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto. Las partes codemandadas no formularon alegaciones.

SEXTO:- Aparecen observadas las formalidades de tramitación, salvo la de dictar sentencia en el plazo establecido, que son las del procedimiento ordinario.



FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal de la Resolución de fecha 19 de octubre de 2011, dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en cuya virtud se acordó:

1. Declarar que la actuación de la entidad recurrente es constitutiva de una infracción del artículo 1.1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia, consistente en la coordinación de sus comportamientos competitivos para alterar el resultado de las licitaciones públicas de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas y, en particular, el importe de las bajas presentadas en dichas licitaciones.
2. Imponer a la entidad recurrente una multa de 232.660 euros.
3. Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento de la resolución.

SEGUNDO: La primera de las cuestiones que plantea la recurrente en su demanda, es la relativa a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ante, no sólo la insuficiencia de la actividad probatoria desplegada, sino ante el hecho de que el único documento al que se refiere la resolución recurrida (folio 1111 del expediente administrativo), para justificar la imposición de la sanción, no se ha aportado en su versión original, figurando sólo el documento escaneado, y ello a pesar de haberse solicitado, de forma expresa, la aportación a los autos del documento original.

TERCERO: La tesis de la recurrente debe ser acogida, en la medida en que el único documento que la incrimina, la única prueba en su contra, es el referido folio 1111 del expediente administrativo, conocido como documento Padecasa al haberse encontrado en la sede de esta empresa.

Es rigurosamente cierto que este documento ha constituido, entre otros, la base probatoria para la confirmación de una serie de sanciones impuestas por la CNC en relación con el expediente S/0226/10 Licitaciones de carreteras, que motiva estas actuaciones. Sin embargo, la realidad es que, en el presente caso, concurre la circunstancia singular de la impugnación expresa de su validez por parte de la recurrente. La tacha de validez se vincula a la falta de aportación al expediente del documento original, pues la recurrente sólo ha tenido acceso a una versión escaneada del mismo.

El hecho de haberse aceptado la validez del documento por esta Sala para justificar la imposición de determinadas sanciones, y negarla en el presente caso, no implica contradicción alguna, pues en ninguno de los supuestos en los que se confirmó la sanción, se había procedido a la impugnación formal del documento, cuestionando su valor intrínseco y no manifestando una mera discrepancia interpretativa respecto de su alcance o contenido.

Resulta relevante poner de manifiesto que, en el documento en cuestión, se consignan una serie de anotaciones manuscritas en columnas, que vendrían a acreditar la participación individual de cada uno de los representantes de las distintas empresas implicadas, y las bajas que se comprometía a presentar, determinantes de las correspondientes adjudicaciones y beneficios. Es por ello, que, el mismo documento, puede ser válido para todos aquellos que no impugnaron su validez formal e inválido para la recurrente que expresamente lo impugna, pues esta declaración de invalidez no afecta a la totalidad del documento, sino a la puntual circunstancia de la inclusión en el mismo de la recurrente.

Se trata de un documento escaneado, en realidad una simple copia fácilmente manipulable, y es, además, la única prueba obrante en el expediente en contra de la recurrente, que ni siquiera aparece mencionada en la denuncia inicial ante la CNC que da origen a la apertura de la investigación, que desemboca en la sanción impuesta.

En estas circunstancias, procede la anulación de la resolución recurrida en lo que a la recurrente respecta, sin que, por ello, sea necesario examinar el siguiente motivo de recurso.

CUARTO: . La reforma de la ley jurisdiccional en materia de costas procesales se publicó en el BOE de 11 de octubre de 2011, señalando su disposición final que entraría en vigor a los veinte días de dicha publicación. Por lo tanto entró en vigor el día 31 de octubre de 2011 y quedó redactado como sigue: "*art. 139.1. En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.*"

Procede en consecuencia, al haberse interpuesto este recurso el 28 de octubre de 2011, antes, por lo tanto, de la entrada en vigor de dicha reforma, aplicar el artículo 1391 LJCA en su redacción original, sin que se aprecien razones para realizar un especial pronunciamiento al respecto.



Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

FALLO

Estimamos el recurso interpuesto y en consecuencia anulamos el acto impugnado. Sin costas. Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 248 de la LOPJ , al tiempo de notificar la presente sentencia, se indicará a las partes que contra la misma no cabe recurso de casación ordinario.

PUBLICACIÓN.

La anterior sentencia fue leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente, en audiencia pública.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ