Roj: **SAN 3021/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:3021**

Id Cendoj: **28079230062014100388**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **6**
Fecha: **30/06/2014**
Nº de Recurso: **146/2013**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **CONTENCIOSO**
Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a 30 de junio de 2014.

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 146/13, seguido a instancia de " **Hermanos Torre Roiz SL** ", representada por el Procurador de los Tribunales D. **David García Riquelme** , con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. El recurso versó sobre impugnación de **Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), la cuantía se fijó en menos de 600.000 €, 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 sociedad constituida en 1994, con domicilio en Camargo (Santander), cuyo objeto social es la realización de trabajos de excavación y movimientos de tierra, el alquiler de maquinaria y equipo para la construcción y obra civil, así como la prestación de servicios de transporte de todo tipo de mercancías por carretera. También realiza obras de pavimentación.

2. Según se declara probado en la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 8 de marzo de 2013, dictada en el seno del expediente sancionador S/0329/11, Asfaltos de Cantabria, un grupo de cinco grades empresas (G-5), entre las que no figura la recurrente, acordó acudir a ofertas públicas y privadas, celebradas en la Comunidad Autónoma de Cantabria, destinadas a la realización del asfaltado de obras de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación y construcción de formes y plataformas (carreteras y autovías).

La concertación afectaba al reparto de clientes y a las bajas a realizar en las distintas licitaciones, con el propósito de obtener las respectivas adjudicaciones al mayor precio posible, evitando la competencia entre ellas.

Esta actividad se complementaba con los llamados acuerdos de acompañamiento, actividad en la que participaba la recurrente, consistente en la proposición que las empresas del G-5 realizaban, para otras empresas menores las ayudaran en los trabajo de realización de las obras adjudicadas.

3. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), mediante resolución de fecha 8 de marzo de 2013, adoptó, entre otras, las siguientes decisiones:

a) Declarar que la actuación de la entidad recurrente es constitutiva de

una infracción prevista en el artículo 1 de la LDC, desde 2001 hasta 2011

b) Imponer a la entidad recurrente una sanción de multa por importe de

93.460 euros.

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. Caducidad del expediente sancionador:

La CNC aplica la Ley 15/2007 de forma retroactiva en perjuicio de la recurrente que subraya que en la Ley 16/1989, el plazo para resolver en fase administrativa era de 12 meses mientras que con la ley 15/2007, el plazo es de 18 meses. Esta circunstancia prevalece frente a otros eventuales ventajas que la nueva ley pudiera incorporar a favor de la entidad sancionada.

2. Examen del mercado afectado y de la normativa de contratación pública:

-La Administración ha utilizado los procedimientos y formas de adjudicación siguientes: contratos menores de obras, contratos de obra adjudicados siguiendo tanto el procedimiento negociado sin publicidad, como con publicidad

-Niega que los acompañamientos sean el producto de un acuerdo, sino más bien el seguimiento de las instrucciones emanadas de la Administración para facilitar la ejecución de las obras. Destaca que, en los contratos de obras menores, era la Administración, la que requería del potencial adjudicatario para que le sustituyese en la labor de recabar tres ofertas, aunque esto no lo exigiera la ley y que era la Administración la que fijaba los precios máximos de adjudicación y procedía a la misma.

-En este tipo de contratación, la Administración hubiera podido adjudicar directamente los contratos sin pedir antes tres ofertas, por lo que carece de sentido ver un acuerdo de los contratistas para fijar precios.

- En los contratos adjudicados siguiendo el procedimiento negociado sin publicidad, la administración fijaba como criterio único de selección el relativo al precio de la obra, renunciando a otros parámetros. La Administración requería al contratista con el que había entrado en contacto, para que presentaron ofertas alternativas, teniendo en cuenta los presupuestos máximos fijados por la Administración.

-En los procedimientos negociados con publicidad, el sistema seguido es idéntico al anteriormente descrito. De forma expresa cuestiona las pruebas en las que se basa la CNC para imponer la sanción, las impugna expresamente por desconocer su origen, e insiste en que el pretendido reparto y la fijación de precios, muy ajustados, lo hacía la Administración, que propiciaba una situación anticompetitiva al fijar únicamente el precio como factor determinante para la adjudicación del contrato.

3. Insuficiencia de la prueba aportada por la CNC: La CNC se ha basado para imponer la sanción recurrida, en una serie de documentos insuficientes para justificar la sanción impuesta. Se trata de tablas resumen elaboradas por las grandes empresas, y de plantillas en blanco elaboradas por las mismas y que nunca se utilizaron para presentar las ofertas. Ninguna de las pruebas presentadas hace referencia a contratos adjudicados a la recurrente a la que no puede reprochársele una conducta ilícita, pues actuaba de acuerdo con el principio de buena fe y al amparo del artículo 4 de la LDC .

4. Invoca el principio de confianza legítima, sobre la base del artículo 4 de la LDC : niega haber intervenido en reuniones colusorias, y los precios ofertados son producto de su libre decisión de intervenir en el mercado definido.

5. Sobre el cálculo de la multa: sostiene que la multa debe, en su caso, calcularse sobre las licitaciones obtenidas y no sobre el volumen total de la obra pública ejecutada. La fijación de un plazo común para la finalización del cártel no está justificado, pues en todo caso, la última vinculación de la recurrente con el mismo sería de noviembre de 2010.

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 se remitió, por lo esencial a los fundamentos de la resolución recurrida.

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 17 de junio de 2014 para la votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SEXTO:.- Aparecen observadas las formalidades de tramitación, que son las del procedimiento ordinario.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

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 8 de marzo de 2013, 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 prevista en el artículo 1 de la LDC, desde 2001 hasta 2011.

2.Imponer a la entidad recurrente una sanción de multa por importe de

93.460 euros.

SEGUNDO: La primera de las cuestiones que ddeb4e abordarse es la relativa a la caducidad del procedimiento alegada por la recurrente, y debe hacerse dando una respuesta adversa a las pretensiones anulatorias formuladas **.**

La Ley 16/1989 en su redacción inicial no contemplaba plazo alguno para la tramitación y resolución de los procedimientos sancionadores, previsión que introdujo la modificación de la citada Ley operada por la Ley 66/1997, artículo 100., que introdujo el nuevo artículo 56.2 de la Ley 16/1989 . Esta nueva norma fijaba un plazo máximo de resolución de los expedientes de 12 meses, pero además establecía un plazo para la instrucción del expediente de 18 meses, siendo la suma de ambos, ampliamente superior a los 18 meses para instruir y resolver previstos por la Ley 15/2007 en sus artículos 36 y 37 . No existe pues la aplicación de la nueva ley más perjudicial para la recurrente ya que en realidad, vistas las especificaciones de los artículos 61 a 64, puede calificarse de más beneficiosa para los infractores.

TERCERO: Por lo que al fondo del asunto, la recurrente construye toda su demanda sobre la base de un argumento que deviene reiterativo, según el cual, fue la Administración quien realizaba las invitaciones para particular en los distintos concursos, fijando los precios y repartiendo el mercado entre las distintas empresas operativas en la zona, que, en realidad, facilitaban la labor de la Administración, animando a otras empresas a presentar ofertas competitivas, incluso en supuestos en los que ello no era necesario, a pesar de que la fijación de los precios máximos establecidos por la Administración, eran sumamente ajustados.

Los argumentos de la recurrente no pueden tener una acogida favorable, pues si bien es cierto que los contratos ofertados y los procedimientos de adjudicación empleados, permiten un amplio margen de maniobra a la Administración en los términos que con detalle se exponen en la demanda, de ello no puede colegirse que la Administración haya fomentado la práctica anticompetitiva, pues no existe el más mínimo indicio probatorio al respecto.

La recurrente deduce, sin apoyo probatorio, del hecho de que la Administración fije un precio máximo para cada contrato y de que existiera una comunicación interna entre las empresas adjudicatarias de la obra principal y de la de acompañamiento, que era la Administración la que en definitiva venía a señalar cuales eran las empresas que debían presentarse junto con la que ya se sabía que era la adjudicataria, labor en la que la recurrente le ayudaba. La lectura de los hechos probados 66 y 67 de la resolución impugnada, en los que la recurrente basa sus argumentos, en modo alguno permiten inferir una intervención de la Administración en el sentido indicado, pues los documentos referenciados en dichos apartados se refieren a comunicaciones puramente internas de las empresas mencionadas, que son, además, distintas de la recurrente. tal y como con toda corrección se indica en la página 58, penúltimo párrafo de la resolución recurrida, las invitaciones directas que pueda haber realizado la administración para participar en determinadas licitaciones, así como la fijación de un precio máximo de la obra, son potestades propias de las fórmulas y procedimientos de contratación aplicados en función de las cuantías y naturaleza de los trabajos a realizar, siempre de acuerdo con la normativa sobre contratación pública, pero en ningún caso, esa forma de proceder, impecable desde el punto de la legalidad, habilita a entidades como la recurrente a concertarse para realizar bajas mínimas sobre el precio máximo ofertado y de estas forma evitar la libre competencia entre los potenciales operadores y obtener el predio por obra, más alto posible.

En estas circunstancias no cabe tener por vulnerado el principio de confianza legítima invocado por la recurrente, pues en ningún caso se ha acreditado una intervención de la Administración en los términos descritos en la demanda.

CUARTO: La actividad de la recurrente por la que ha sido sancionada, descrita en el FJ anterior fine, ha resultado debidamente acreditada por la CNC, pues la documentación incautada en el registro domiciliario efectuada el 6 de abril de 2011 en la sede de la empresa Senor (perteneciente al G-5), a la que se hace mención en la página 80 de la resolución recurrida, con remisión a los apartados 63 y 64 de la declaración de hechos probados de la resolución recurrida, a la que se pone de manifiesto que desde 2001 hasta noviembre de 2010, la recurrente

realiza ofertas anuales para participar como empresa de acompañamiento en licitaciones de empresas del G-5, en concreto Senor. La documentación incautada se refiere a un mensaje de la recurrente a Senor en el que de forma evidente se hace mención a la concertación para desvirtuar la libre competencia ("necesito que prepareís la documentación... pero no lo hagas muy bien, no vaya a ser que os den la obra a vosotros", con indicaciones sobre la necesidad de coordinarse sobre los precios ofertados), sin que la recurrente haya desvirtuado la realidad de esta comunicación. La argumentación de la recurrente se centra en impugnar de forma global la documentación incautada, pero no tacha de falsedad o imputa irregularidad alguna al documento al que se ha hecho referencia, elaborado por la propia recurrente, ya que se limita a negar que participara en la confección de las tablas o notas que fueron incautadas a las empresas del G-5. La realidad de dicho documento confiere valor probatorio indubitado a toda la documentación incautada referida a la recurrente, pues es plenamente coherente con el mismo y con el hecho de que la recurrente participara de forma asidua en las licitaciones durante el período indicado.

En cuanto a la duración del cártel, aunque es cierto que el último documento que implica a la recurrente de forma directa e individualizada es del mes de noviembre de 2010, también lo es que no consta un acto formal por su parte, de separación de la actividad colusoria descrita, por lo que cabe concluir que se mantuvo en el mismo hasta su finalización en 2011.

QUINTO: Resta por analizar el motivo de recurso invocado por la recurrente en relación con la falta de proporcionalidad de la sanción. Debemos desestimar las alegaciones en las que se sostiene que la multa debe, en su caso, calcularse sobre las licitaciones obtenidas y no sobre el volumen total de la obra pública ejecutada, pues dicha pretensión es contraria al artículo 63 de la Ley 15/2007 que obliga a tomar en consideración el volumen de negocios de la empresa en el año anterior al de imposición de la sanción, situación en la que ninguna relevancia tiene la minoración del 6% del beneficio industrial invocado por la recurrente.

No obstante lo anterior, la recurrente, si bien de forma genérica, ha invocado la falta de proporcionalidad de la sanción, cuestión que ha sido resuelta por esta Sección en múltiples sentencias (a título de ejemplo, la de 7 de abril de 2014, recurso 6/12), en el sentido de entender que el límite del 10% para imponer la sanción no debe calcularse, como se hace en la resolución recurrida, sobre el volumen total de negocios de la empresa sancionada, sino sobre su volumen de negocio en el sector de actividad que ha motivado la infracción.

Por esta razón, procede estimar el recurso en este punto a fin de que por la CNC se realice la comprobación pertinente y determinar si realizado el cálculo desde estos parámetros, la multa debe rebajarse hasta el límite así calculado.

SEXTO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA , no procede imponer las costas, al tratarse de una estimación parcial y no apreciarse por la Sala la existencia de serias dudas que justifiquen un especial pronunciamiento sobre esta materia.

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

FALLO

Estimamos en parte el recurso interpuesto en los términos que se expresan en el FJ 5 fine de esta sentencia, y en consecuencia confirmamos el acto impugnado, salvo en el extremo antes mencionado.Sin costas.

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.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

El Magistrado Ilustrísimo Señor *D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO* , formula voto particular por entender que no procede la estimación parcial del recurso, ya que el límite del 10% como techo de la multa, debe calcularse sobre el volumen total de negocio de la empresa sancionada, en los términos expresados en el voto particular formulado a la sentencia de 7 de abril de 2014, recurso Nº 6/123 al que se remite.

PUBLICACIÓN.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ