



Roj: **SAN 2915/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:2915**

Id Cendoj: **28079230062014100381**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **23/06/2014**

Nº de Recurso: **195/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JAVIER EUGENIO LOPEZ CANDELA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a veintitres de junio de dos mil catorce.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **CUEVAS GESTIÓN DE OBRAS S.L.**, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a María Teresa Rodríguez Pechín, siendo asistida por la letrada Sra. D^a. Rosario Arias, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 8 de marzo de 2013**, relativa a sanción, y la cuantía del presente recurso 335.030 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por la actora en fecha 9 de mayo de 2.013, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a. María Teresa Rodríguez Pechín, frente a la Administración del Estado (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 8 de marzo de 2013, que impone a la actora la sanción de multa de 335.030 euros.

SEGUNDO : Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando la anulación de la resolución impugnada, o la reducción de la cuantía de la multa en los términos solicitados.

Dentro de plazo legal la Administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y solicitando la confirmación de la resolución impugnada.

TERCERO : Habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, y admitida por auto de 9 de octubre de 2.013, fue practicada la misma, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 17 de junio de 2.014.

CUARTO : En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 8 de marzo de 2013, que impone a la actora la sanción de multa de 335.030 euros, por infracción del Artículo 1 de la Ley 15 /2007 de Defensa de la Competencia.

La Resolución impugnada determina en su parte dispositiva, en lo que ahora interesa:



"PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la LDC, desde 1998 a 2011, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho QUINTO.

SEGUNDO.- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de derecho SEXTO, declarar responsables de dicha infracción a las siguientes empresas:... CUEVAS Gestión de Obras, S.L.

TERCERO.- Imponer a las autoras responsables de la conducta infractora las siguientes multas: ...

CUEVAS GESTIÓN DE OBRAS, S.L., 335.030 Euros (trescientos treinta y cinco mil treinta Euros).

CUARTO- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de la resolución...

SEGUNDO.- Son hechos acreditados en autos, que se deducen de la documental que consta en el expediente administrativo los que a continuación se exponen, aceptándose los expuestos en la resolución impugnada, al margen de lo que expongamos en ulteriores fundamentos de derecho:

El 29 de noviembre de 2010 tuvo entrada en la CNC una denuncia anónima en la que se señalaba la existencia de un cártel en la Comunidad Autónoma de Cantabria organizado a través de la creación de una mesa de reparto de asfaltos por las siguientes empresas dedicadas a la fabricación y venta de asfalto, además de a su extendido en obra: *ARRUTI SANTANDER, S.A. (en adelante, ARRUTI)*, *ASCAN Empresa Constructora y de Gestión, S.A. (en adelante, ASCAN)*, *EMILIO BOLADO, S.L. (en adelante, EMILIO BOLADO)*, *Servicios y Obras del Norte, S.A. (en adelante, SENOR)* y *Asfin Cantabria, S.L. (en adelante, ASFIN)*. En la citada denuncia anónima se señalaba además a una sexta empresa, *Fernández Rosillo y Cía., S.L. (en adelante, FDEZ. ROSILLO)*, respecto a la cual se indicaba que había manifestado su intención de no participar en los acuerdos denunciados (folios 1 a 239).

Conforme a lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC, la Dirección de Investigación (en adelante DI) realizó una información reservada con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de un expediente sancionador.

De acuerdo con el artículo 40 de la LDC, el 6 de abril de 2011 la CNC llevó a cabo inspecciones simultáneas en las sedes de las empresas *ARRUTI, EMILIO BOLADO y SENOR*.

El 22 de junio de 2011 sobre la base de la información reservada realizada, la DI observó indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LDC, por lo que, de conformidad con lo establecido en el artículo 49.1 de la LDC, acordó la incoación del expediente sancionador S/0329/11 por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la Ley 16/1989 y en el artículo 1 de la LDC contra *ARRUTI, ASCAN, ASFIN, EMILIO BOLADO, SENOR y AGLOMERADOS CANTABRIA, S.A. (en adelante, ACANSA)*, siendo notificado a las empresas incoadas ese mismo día (folios 2094 a 2116).

Con esa misma fecha y una vez analizada la documentación en formato papel recabada en las inspecciones, la DI notificó a los representantes legales de *EMILIO BOLADO, SENOR y ARRUTI* el acuerdo por el que se disponía la incorporación al expediente de la documentación en formato papel seleccionada, dando un plazo de diez días para que las citadas empresas solicitaran, en su caso, el carácter confidencial de aquellos documentos que consideraran oportunos y aportaran la correspondiente versión censurada de los mismos en formato papel para su incorporación al expediente (folios 2117 a 2133).

El 20 de febrero de 2012, de acuerdo con lo previsto en el artículo 29 del RDC, la DI acordó la ampliación del acuerdo de incoación del expediente de referencia a *SIECSA, Construcción y Servicios, S.A. (SIEC)*; *INFRAESTRUCTURAS DEL NORTE, S.L. (INOR)*; *HNOS. TORRES ROIZ, S.L. (HTR)*; *CONSTRUBOC 2002, S.L. (CONSTRUBOC)* y *CUEVAS Gestión de Obras, S.L.*, al haber tenido conocimiento por información obrante en el expediente de la posible participación de dichas empresas en las prácticas investigadas, acuerdo que fue notificado ese mismo día a todas las entidades incoadas en este expediente sancionador (folios 3125 a 3165).

Con fecha 21 de febrero de 2012 la DI notificó a los representantes legales de *CUEVAS Gestión de Obras, S.L. (en adelante, CUEVAS)* el acuerdo por el que se les requería información relacionada con el mercado de contratación, suministro y ejecución de obras para clientes públicos y/o particulares, así como sobre su estructura de propiedad y control e información relacionada con una serie de obras del mercado español de contratación, suministro y ejecución de obras para clientes públicos y/o particulares (folios 3166 a 3177). Tras una ampliación de plazo, con fecha 9 de marzo de 2012 se recibió en la CNC la respuesta de *CUEVAS* (folios 3357 a 3547). El 12 de abril de 2012 la DI se pronunció sobre la confidencialidad de determinados documentos de los aportados.

Con fecha 27 de abril de 2012 la DI notificó el PCH a las empresas incoadas (folios 3649 a 3769), y de acuerdo con lo previsto el artículo 50.1 de la LDC, se requirió a las empresas que aportaran el volumen total de negocios del año 2011 y el correspondiente al mercado de contratación, suministro y ejecución de obras para clientes



públicos y/o particulares entre los años 2007 a 2011, así como de años anteriores que estuvieran disponibles, así como en su caso el de sus matrices.

Las empresas respondieron a la solicitud de información sobre volumen de negocios, haciéndolo la actora en escrito de 21 de mayo (folios 4286 a 4288).

De acuerdo con lo previsto en el artículo 50.3 de la LDC, con fecha 7 de junio de 2012 la DI formuló nuevo PCH, que remitió a todas las partes. Las alegaciones de la actora al PCH de 7 de junio de 2012 tuvieron entrada en la CNC en fecha 27 de junio de 2.012 (folios 5187 a 5221).

Conforme a lo previsto en el artículo 33.1 del RDC, el 9 de julio de 2012 la DI acordó el cierre de la fase de instrucción del expediente, siendo notificado a los interesados en esa misma fecha (folios 5366 a 5382).

Tras acceder al expediente las que lo solicitaron, las alegaciones a la propuesta de resolución tuvieron entrada en la CNC el 2 de agosto de 2012 las de CUEVAS, conteniendo solicitud de práctica de pruebas y celebración de vista (folios 6186 a 6245).

El 10 de agosto de 2012 la DI elevó al Consejo el expediente acompañado del Informe y Propuesta de Resolución a que se refiere el artículo 50.4. de la LDC.

Por acuerdo de 20 de noviembre de 2012 el Consejo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 51.2 de la LDC, aceptó determinadas pruebas propuestas por las partes y ordenó actuaciones complementarias, fijando plazo para su realización, y denegó el resto de pruebas propuestas así como la celebración de vista. Asimismo acordó la suspensión del plazo máximo para resolver el expediente durante el tiempo en que se sustancian la práctica de las pruebas y actuaciones complementarias acordadas.

Finalizada la práctica de pruebas e incorporada al expediente la información correspondiente, con fecha 4 de enero de 2013 se concede a los interesados plazo para valorar el resultado de las mismas, continuando suspendido el plazo para resolver, tras conceder las ampliaciones de plazo solicitadas por las partes, los escritos de valoración de prueba de Cuevas, ARRUTI, HTR, SIEC, ASFIN, ASCAN y su Grupo SADISA y SENOR (folios 7964 a 8032) se reciben en la CNC dentro del plazo reglamentario, levantándose la suspensión del plazo para resolver una vez finalizado el mismo, con efectos de fecha de 26 de enero de 2013 (folio 8033). Con fecha 7 de febrero de 2013 el Consejo solicitó a las partes la información necesaria para la resolución del expediente, suspendiendo el plazo máximo para resolver que fue reiniciado con fecha 21 de febrero de 2013. El Consejo terminó de deliberar y resolvió sobre este expediente en su sesión de 27 de febrero de 2013, dictándose la resolución sancionadora de 8 de marzo de 2.013.

De la información que obra en el expediente se ha constatado la existencia de un grupo de empresas que se denomina a sí mismas G5, porque tienen un número de identificación del 1 al 5, y que está formado por ARRUTI, ASCAN, ASFIN, EMILIO BOLADO y ACANSA, y SENOR que se ponen de acuerdo para acudir a las ofertas para ejecutar una serie de obras en Cantabria, tanto obras públicas como privadas. Estas empresas, junto con otras de la zona acuden además a los concursos públicos para la realización de obra pública, acompañándose mutuamente en la presentación de ofertas para los contratos públicos de los denominados negociados o menores en la Comunidad Autónoma de Cantabria.

De acuerdo con la información aportada por el denunciante que es coincidente con la documentación incautada en las inspecciones, dichas empresas tuvieron diferentes reuniones entre 2006 y 2010, para el reparto entre ellas de las obras, públicas, privadas y de ventas de asfalto en planta, fijando diferentes claves o números y cuotas que utilizaban en los ajustes posteriores sobre obra o proyecto asignado. Según la información aportada al menos durante el año 2009, se aplicaron las siguientes cuotas tal como consta en los cuadros resumen (folios 42, 63, 85, 109, 131, 154 y 175):

ARRUTI € 18,80%

ASCAN € 22,80%

ASFIN € 16,80%

EMILIO BOLADO + ACANSA € 22,80%

SENOR € 18,80% .

A las reuniones acudía personal directivo, normalmente relacionado con las licitaciones públicas.

Dicho acuerdo entre empresas consta acreditado por:

- La documentación recabada en las inspecciones realizadas el 6 de abril de 2011 (correos, notas en agendas...).



- Los documentos electrónicos formato EXCEL obtenidos en la inspección de EMILIO BOLADO (folios 2659. 1 a 10).

- Los documentos incorporados con la denuncia anónima. En dichas reuniones se fijaban las obras objeto de reparto, al margen de que fueran realmente repartidas o a quien fueran finalmente asignadas, pues en algunos casos se dejaban libres (no se repartían), y en otros la presencia de licitadores ajenos al G5 con mejores ofertas se quedaban con la obra. En dicha relación de obras que se une a esta Resolución como anexo I, y para cada una de las obras, se recogen los folios que hacen referencia a las mismas.

El control del cumplimiento de los acuerdos del G5 y el seguimiento del mismo se establecía mediante el intercambio de información, realizado tanto en las reuniones como en los contactos posteriores a las mismas, en el que las empresas ponían sobre la mesa la totalidad de obras a las que podrían ofertar y que permitía la elaboración de tablas muy sofisticadas. Estas tablas han sido aportadas por el denunciante (Documentación aportada junto a la denuncia (folios 28 a 42, 48 a 63, 70 a 85, 94 a 109, 116 a 131, 139 a 154 y 160 a 175) coherente con la incautada en las inspecciones realizadas. Para llevar a cabo el control se elaboraban distintos tipos de tablas. Por un lado, las tablas que reflejaban las obras que todavía no habían sido ejecutadas y las ejecutadas.

La información intercambiada tanto en las reuniones del G5 como en el resto de comunicaciones entre las empresas, se recopilaba para la elaboración de un listado de obras, todas ellas numeradas y colocadas bajo el código que correspondía a cada empresa (del N°1 al N°5), indicando las toneladas correspondientes a cada una o cualquier otra observación que se considerase oportuna. Al final de cada una de estas tablas, se totalizaban las toneladas adjudicadas a cada empresa, así como las toneladas correspondientes a las obras que, a pesar de haber sido adjudicadas, no habían sido todavía ejecutadas. Estas tablas tenían como objetivo poder elaborar un cuadro resumen en el que, al sumar las toneladas adjudicadas a cada empresa en las obras de reparto y las toneladas vendidas a clientes directamente en planta, se calculaban las toneladas de asfalto suministradas por cada empresa respecto al total fabricado por las empresas partícipes del acuerdo. Este cuadro se elaboraba para cada reunión, pudiendo así calcular el desfase respecto al porcentaje que, por el acuerdo, tenían adjudicado cada una.

Además de ello, y con las mismas fuentes probatorias se ha acreditado la existencia de acuerdos en la realización de prácticas de acompañamiento sobre obras que constan en el anexo II de la resolución impugnada, y que han tenido lugar entre 1998 y abril de 2011 que acreditan la participación en los citados acuerdos, entre otras empresas de la recurrente:

1. Tablas resumen elaboradas por las empresas, que reúnen las licitaciones a las que se presentaron en distintos años y en las que se indica si la licitación se realizó como acompañamiento de alguna empresa o si se solicitó acompañamiento a otras empresas.
2. Plantillas o Modelos en blanco elaborados por las empresas con el fin de realizar la petición de acompañamientos y ofertas para acompañamiento de las empresas competidoras en los que la empresa acompañante únicamente rellena sus datos.
3. Comunicaciones entre las empresas, tanto por fax como por correo electrónico, adjuntando con carácter general toda la información necesaria para la elaboración de la correspondiente oferta e incluso la propia oferta elaborada en forma de plantilla, a falta de incluir el sello de la empresa acompañante y la firma de su responsable.

En dichas tablas, recabadas en las inspecciones practicadas se indicaba la fecha de publicación de la oferta en el boletín correspondiente, en su caso, el tipo de procedimiento de licitación, el organismo convocante, la fecha límite de presentación de las ofertas, así como el presupuesto de licitación, la oferta presentada por SENOR o EMILIO BOLADO acompañada de la baja que ésta suponía sobre el presupuesto de licitación y, en ocasiones, la empresa adjudicataria de la obra junto con la oferta presentada por ésta.

La participación de la recurrente, respecto de los hechos relativos a la presentación de acompañamientos a las ofertas en los procedimientos de adjudicación de obras menores y procedimientos negociados, en esencia, ha quedado acreditada con los documentos incorporados en las inspección EMILIO BOLADO (tablas Excel) , así como con los correos electrónicos que obran a los folios 2615, de 15 de diciembre de 2.006, que la actora recibió y contestó a EMILIO BOLADO, adjuntando oferta para presentar conjuntamente; o el de 24.9.2008, (folio 2625) que solicita la actora a EMILIO BOLADO para preparar una oferta y presentar a Puertos de Cantabria. El hecho de que se trate de correos entre empleados no desvirtúa las comunicaciones habidas, que no consta que fueron desautorizadas entre superiores.

TERCERO.- Por consiguiente, a la vista de todo lo expuesto ha quedado acreditada la participación de la actora, teniendo en cuenta que los documentos de la denuncia anónima se han visto corroborados por lo que resulta de



la restante documental a la que hemos hecho referencia, de modo que aquélla, que dio origen a la información reservada, no constituye, por sí sola, la prueba única de la participación de la actora, respetándose así la Jurisprudencia del Tribunal de la Unión Europea (St de 16.6.2011, asunto Heincken).

Existe, por tanto, indicios suficientes de la comisión de la infracción y participación de la recurrente, aunque la actora sólo aparezca como adjudicataria de 10 de las obras incluidas en el anexo, y nueve de ellas no precisen de asfalto, cobrando entonces relevancia, los documentos que derivan de la denuncia anónima, ya como verdadera prueba indiciaria, añadida a la anterior, debiéndose recordar que la utilización de la prueba de indicios ha sido admitida en el ámbito del derecho de la competencia por el Tribunal Supremo, ya en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 , 26 de octubre de 1998 y 28 de enero de 1999 , entre otras. 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, conforme exige la LEC 1/2000 (art.386.1), y ello concurre en el presente caso.

La actora también añade, para desvirtuar lo expuesto que debe ser de aplicación el principio de confianza legítima (art.3.1 de la Ley 30/92 del PAC), al tratarse de una actuación impulsada por los órganos de contratación, en la medida en que solicitan a los propios ofertantes la presentación de los acompañantes, lo que se ampara en la legislación de contratos y en el art.4 de la LDC .

Sobre este principio hemos indicado en sentencia de fecha 30 de diciembre de 2.013, recurso 196/2012 :

"QUINTO: Considera el recurrente que la resolución ha infringido el principio de confianza legítima. Señala que cuando determinadas situaciones han sido auspiciadas por la propia Administración y prácticamente exigidas por esta, el ciudadano tiene derecho a confiar que no se le va a imponer una sanción por haber llevado a cabo lo que la propia Administración le venía a exigir. Alega que la CNC ha manifestado su aquiescencia en la formación y operativa de la Comunidad de Bienes por un lado y el resto de las autoridades administrativas no han formulado oposición alguna durante 12 años en que la Comunidad de Bienes ha operado en dicho mercado con absoluta transparencia y el Consell de Formentera siempre ha avalado el funcionamiento y solo puso de manifiesto en su denuncia la existencia de un incremento de precios en el año 2004.

En cuanto al principio de confianza legítima la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 2013 asunto C-681/11 señala que

(40) debe recordarse que las autoridades nacionales de defensa de la competencia pueden decidir excepcionalmente no imponer una multa aun cuando una empresa haya infringido deliberadamente o por negligencia el artículo 101 TFUE . Puede darse ese caso cuando un principio general del Derecho de la Unión, como el de protección de la confianza legítima, se opone a la imposición de una multa.

(41) Sin embargo, nadie puede invocar la violación del principio de protección de la confianza legítima si la Administración competente no le ha dado garantías concretas (véanse las sentencias de 17 de marzo de 2011 , AJD Tuna, C-221/09, Rec. p. I- 1655, apartado 72, y de 14 de marzo de 2013 , Agrargenossenschaft Neuzelle, C-545/11 , Rec. p. I-0000, apartado 25).

En este caso, tal como señala la resolución recurrida, se ha realizado una prueba en fase de Consejo en la que ha quedado acreditado que la intervención del Conseller en este asunto quedó limitada a una petición para que las navieras ofrecieran un servicio a primera hora de la mañana y otro a última hora del día, con el fin de dar un mejor servicio a la población. No puede alegarse, amparándose en este hecho, que sea de aplicación el principio de confianza legítima a los acuerdos en precios y de coordinación de horarios que Balearia, Sercomisa y Pitiusa llevaron a cabo a continuación de esta solicitud..."

Este motivo debe ser desestimado, toda vez que no existe constancia suficiente de que las Administraciones convocantes de dichos concursos hayan actuado en la forma indicada por la recurrente. En consecuencia, debemos rechazar el primero de los motivos formulados, el relativo a la participación de la actora, sin perjuicio de lo que hemos expuesto y exponemos con posterioridad.

Por otro lado, es irrelevante que la adjudicación de dichas ofertas haya recaído en otras empresas no intervinientes en los acuerdos concertados, o que se hubiese adjudicado las obras a ofertas intermedias, pues ello no supone desconocer la realidad del cártel existente, siendo así que no es necesaria que la adjudicación de las obras a las empresas intervinientes haya supuesto un cierre del mercado para que sea válida la sanción impuesta, como igualmente tampoco resulta necesario valorar los efectos sobre el mercado cuando se trata de prácticas anticompetitivas por objeto.

CUARTO .- En el siguiente motivo, ya en el ámbito de la aplicación del principio de proporcionalidad exigido por el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , debemos partir de la base de que la resolución

impugnada ha aplicado a la recurrente la sanción del 10% de la cifra total de negocios del ejercicio 2.012, al ser inferior al 7% del volumen del mercado afectado en los ejercicios 2006 a 2.011, conforme a lo que en relación con el art.63.1.c ha interpretado la Sala en recientes sentencias tales como la de 17.6.2013, recurso 673/2011 , o 21.3.2013, recurso 699/2011 .

En este sentido, la actora, además de recordar la doctrina de la Sala sobre la invocación del principio de proporcionalidad, aduce diferentes motivos para impugnar la proporcionalidad de la sanción.

A este respecto debe traerse a colación la doctrina de esta Sala sobre esta cuestión recogida en la sentencia de fecha 6 de marzo de 2.013, recurso 619/2010 , en la que se indicaba:

"OCTAVO: Debemos ahora examinar la graduación de la multa que procede imponer. Para ello es necesario analizar dos extremos, la configuración legal del porcentaje y el volumen de negocio sobre el que ha de aplicarse. Hemos de señalar desde ahora que, si bien la actora no plantea la cuestión en los términos en que va a ser analizada, lo cierto es que expresamente alega falta de proporcionalidad en la sanción impuesta, lo que implica necesariamente un juicio previo tanto de la mecánica en la graduación del porcentaje a aplicar, como la el volumen de negocio sobre la que ha de aplicarse. No entendemos por ello necesario someter a las partes tales cuestiones, pues constituyen el análisis de una alegación formulada en la demanda, cual es la proporcionalidad de la sanción, desde el principio iura novit curia.

Veamos en primer lugar la dicción literal de los preceptos que determinan la sanción:

El artículo 10 de la Ley 16/1989 establece:

"1. El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7, o dejen de cumplir una condición u obligación prevista en el artículo 4.2, multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 % del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal."

Y el artículo 63 de la Ley 15/2007 determina:

"1. Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones:

- a. Las infracciones leves con multa de hasta el 1 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.*
- b. Las infracciones graves con multa de hasta el 5 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.*
- c. Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa."*

Analizaremos estos preceptos, idéntico entre sí en relación con las infracciones muy graves, desde los parámetros señalados.

Analizaremos la naturaleza del porcentaje del 10%.

En el ámbito del Derecho Europeo el Reglamento CEE 1/2003 determina en su artículo 23.2 :

"2. Mediante decisión, la Comisión podrá imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, de forma deliberada o por negligencia:

- a) infrinjan las disposiciones del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado;*
- b) contravengan una decisión que ordene la adopción de medidas cautelares adoptada en virtud del artículo 8 del presente Reglamento;*
- c) no respeten un compromiso dotado de fuerza vinculante por decisión, con arreglo al artículo 9 del presente Reglamento.*

Por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10 % del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior.

Cuando la infracción de una asociación esté relacionada con las actividades de sus miembros, la multa no podrá ser superior al 10 % del importe global del volumen de negocios total de cada uno de los miembros que opere en el mercado cuyas actividades se vean afectadas por la infracción de la asociación."

En la sentencia de 12 de diciembre de 2012 , el Tribunal General afirma:



"160 Por otro lado, se desprende igualmente de reiterada jurisprudencia que el artículo 23, apartado 2, del Reglamento nº 1/2003 no exige que en el supuesto de que se impongan multas a varias empresas implicadas en una misma infracción, el importe de la multa impuesta a una empresa pequeña o mediana no sea superior, en porcentaje de volumen de negocios, al de las impuestas a las empresas más grandes. En realidad, de dicho precepto se desprende que, tanto en el caso de las empresas pequeñas o medianas como en el de las de mayor tamaño, procede tener en cuenta, para calcular el importe de la multa, la gravedad y la duración de la infracción. En la medida en que la Comisión imponga a cada una de las empresas implicadas en la misma infracción una multa que esté justificada en función de la gravedad y en la duración de la infracción, no puede reprochársele que las cuantías de las multas de algunas de ellas sean superiores, en porcentaje del volumen de negocios, a las de las otras empresas (sentencias del Tribunal de 5 de diciembre de 2006 , Westfalen Gassen Nederland/Comisión, T-303/02, Rec. p. II-4567, apartado 174 , y de 28 de abril de 2010, Gütermann y Zwicky/Comisión, T-456/05 y T-457/05 , Rec. p. II-1443, apartado 280).

161 En lo que atañe a la alegación de la demandante basada en el hecho de que el importe de la multa que se le impuso era muy cercana al límite máximo del 10 % del volumen global de negocios (véanse los apartados 152 y 153 supra) procede señalar que parece desconocer la naturaleza de este límite. En efecto, la cuantía correspondiente al 10 % del volumen global de negocios de un participante en una infracción a las normas de la competencia no es, a diferencia de lo que parece creer la demandante, una multa máxima, que sólo debe imponerse en el caso de las infracciones más graves. Según la jurisprudencia, se trata más bien de un umbral de nivelación que tiene como única consecuencia posible reducir hasta el nivel máximo autorizado el importe de la multa calculado en función de los criterios de gravedad y duración de la infracción. La aplicación de este límite permite que la empresa implicada no pague la multa que en principio le correspondería abonar en virtud de una estimación basada en tales criterios (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 47 supra, apartado 283).

162 El Tribunal de Justicia también ha declarado que este límite no prohíbe que la Comisión utilice en sus cálculos de la multa un importe intermedio superior a dicho límite. Tampoco prohíbe que las operaciones de cálculo intermedias que toman en consideración la gravedad y la duración de la infracción se realicen sobre un importe que supere dicho límite. Si resultara que, al finalizar los cálculos, el importe final de la multa debe reducirse a un nivel que no sobrepase el mencionado límite superior, el hecho de que ciertos factores, tales como la gravedad y la duración de la infracción, no repercutan de manera efectiva en el importe de la multa impuesta es una mera consecuencia de la aplicación de dicho límite superior al importe final (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 47 supra, apartados 278 y 279).

163 De ello se desprende que, el mero hecho de que la multa impuesta a la demandante se halle cerca del umbral del 10 % de su volumen de negocios, en tanto que el porcentaje es inferior para otros participantes en el cártel, no puede constituir una vulneración del principio de igualdad de trato o de proporcionalidad. En efecto, esa consecuencia es inherente a la interpretación del umbral del 10 % exclusivamente como un umbral de nivelación, que se aplica tras una eventual reducción del importe de la multa en razón de circunstancias atenuantes o del principio de proporcionalidad (sentencia del Tribunal de 16 de junio de 2011, Putters International/Comisión, T-211/08 , Rec. p. II-0000, apartado 74).

164 Por el mismo motivo, el mero hecho de que, debido a la aplicación de este umbral, incluso en el supuesto de una infracción todavía más grave, no se impondría a la demandante una multa significativamente superior, no demuestra que el importe de la multa que le impuso la Decisión impugnada sea desproporcionado. En todo caso, procede señalar, más generalmente, que la apreciación del carácter desproporcionado o no del importe de la multa impuesta a una empresa por una infracción de las normas de la competencia no puede realizarse sobre la base de una comparación entre la multa efectivamente impuesta y la que debería haberse impuesto por una infracción hipotéticamente más grave, puesto que se supone que las empresas han de respetar las normas de la competencia y no infringirlas. Procede señalar, además, que para justificar la tesis de que la infracción que cometió no era tan grave como habría podido serlo, la demandante reitera alegaciones que, según se desprende de los apartados 86 a 89 y 97 a 106 anteriores, deben desestimarse por infundadas."

Fuera de toda duda la prevalencia del Derecho europeo sobre el nacional en virtud de cesión de soberanía, reiteradamente declarado por el Tribunal de Luxemburgo ya desde la sentencia Costa vs Enel, y, posteriormente, sentencia Simmental y sentencia Kreil. Ahora bien, hemos de señalar desde ahora que el Reglamento CEE 1/2003 regula, en lo que nos interesa, la atribución de competencias sancionadoras a la Comisión, y desde tal presupuesto ha de entenderse la interpretación de la naturaleza del límite del 10% que realiza el Tribunal General en la sentencia parcialmente transcrita.

La prevalencia del Derecho Europeo no implica que el esquema de atribución de competencias a la Comisión en materia de Defensa de la Competencia, implique su traslado automático a los órganos nacionales de Defensa de la Competencia, dada su diferente naturaleza y ámbito de actuación:



a) Respecto a la naturaleza, no puede calificarse a la Comisión de órgano administrativo equiparable a los del Derecho español. Basta ver las funciones que le vienen atribuidas en el TFUE para sostener tal afirmación, entre otros en el artículo 289 (El procedimiento legislativo ordinario consiste en la adopción conjunta por el Parlamento Europeo y el Consejo, a propuesta de la Comisión, de un reglamento, una directiva o una decisión), o en el artículo 290 (Un acto legislativo podrá delegar en la Comisión los poderes para adoptar actos no legislativos de alcance general que completen o modifiquen determinados elementos no esenciales del acto legislativo)

b) En cuanto al ámbito de actuación, el Reglamento CEE 1/2003 determina en su artículo 4 :

"A efectos de la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, la Comisión dispondrá de las competencias previstas en el presente Reglamento."

A continuación, el Reglamento regula las competencias de la Comisión. Entre estas competencias destaca la sancionadora en los términos del artículo 23 del Reglamento.

Debemos concluir que la organización de las facultades sancionadoras y su atribución a un órgano administrativo nacional no han de coincidir, en virtud del principio de prevalencia, con el alcance y facultades que el Reglamento CEE otorga a la Comisión. Y ello resulta de dos elementos:

a) el artículo 23 atribuye las facultades sancionadoras a la Comisión sin remisión a las autoridades nacionales en cuanto a su ejercicio, y por ello la facultad de sancionar en los términos recogidos en el reglamento solo es aplicable a la Comisión;

b) No así respecto de la aplicación de las normas que configuran las infracciones en los artículos 101 y 102 del TFUE - antes 81 y 82 -, como expresamente resulta del artículo 5 del Reglamento CEE 1/2003 :

"Las autoridades de competencia de los Estados miembros son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado en asuntos concretos. A tal efecto, ya sea de oficio, ya previa denuncia de parte, podrán adoptar las decisiones siguientes:

- orden de cesación de la infracción,
- adopción de medidas cautelares,
- aceptación de compromisos,
- imposición de multas sancionadoras, de multas coercitivas o de cualquier otra sanción prevista por su Derecho nacional."

Resulta clara que la tipificación europea de las conductas contrarias a la libre competencia vinculan a las autoridades nacionales - sin perjuicio de la facultad del artículo 3 del Reglamento "Lo dispuesto en el presente Reglamento no impedirá a los Estados miembros adoptar y aplicar en sus respectivos territorios legislaciones nacionales más estrictas en virtud de las cuales se prohíban o penalicen con sanciones determinados comportamientos que las empresas adopten de forma unilateral." -; pero también resulta claro que la imposición de las multas sancionadoras se rige por el Derecho nacional.

Así cosas, la interpretación de la naturaleza del límite del 10% de sanción a que se refieren los artículos 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007 , ha de hacerse conforme a la legislación nacional española; y a tal efecto, es esencial la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de legalidad consagrado en el artículo 25 de la Constitución .

En este punto hemos de recordar lo dicho en la sentencia del TC 100/2003, de 2 de junio de 2003 :

"El punto de partida de esta síntesis ha de ser la doctrina expresada por la STC 42/1987, de 7 de abril . En esta Sentencia se dice lo siguiente respecto del contenido del art. 25.1 CE : «El derecho fundamental así enunciado incorpora la regla nullum crimen nulla poena sine lege, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía.

La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término 'legislación vigente' contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora» (loc. cit., FJ 2). Recientemente hemos hecho hincapié en esta doble garantía en las SSTC 133/1999, de 15 de julio, FJ 2 ; 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 6 ; 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4 ; 75/2002, de 8 de abril, FJ 4 ; y 113/2002, de 9 de mayo , FJ 3.



En lo que ahora estrictamente interesa debemos señalar que, supuesta la vinculación de la garantía material con el principio de seguridad jurídica, este Tribunal ha precisado que incorpora el mandato de taxatividad o de *lex certa*, «que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones» (entre otras, SSTC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3, y 123/2001, de 4 de junio, FJ 11). Con ello hemos puesto el acento en la consideración de dicho mandato como una garantía de la denominada vertiente subjetiva de la seguridad jurídica (según la expresión utilizada en las SSTC 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 11, y 196/2002, de 28 de octubre, FJ 5), lo que hace recaer sobre el legislador el deber de configurar las leyes sancionadoras con el «máximo esfuerzo posible» [STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 7 c)] para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones. En palabras de la STC 116/1993, de 29 de marzo, FJ 3, la garantía material lleva consigo la exigencia de que la norma punitiva permita «predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa» [en los mismos o parecidos términos, SSTC 53/1994, de 24 de febrero, FJ 4 a); 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3; 124/2000, de 19 de julio, FJ 4; y 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3]. Observada desde su envés, esta garantía conlleva la inadmisibilidad de «formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador» (STC 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5)."

La certeza implica una determinación clara en cuanto a la sanción aplicable, estableciendo, al menos, un mínimo y un máximo, que permita graduar la sanción administrativa, ya sea aplicando, con especialidades, los criterios del Código Penal.

En cuanto a la reserva de Ley en la determinación de las sanciones administrativas, continua la citada sentencia:

"Se abre así la posibilidad de que las leyes se remitan a normas reglamentarias en este ámbito, con el límite infranqueable, en todo caso, de que dicha remisión no facilite «una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley» (SSTC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2; 101/1988, de 8 de junio, FJ 3; 61/1990, de 29 de marzo, FJ 8; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10; y 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4). En definitiva, según se destaca en la STC 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3, reiterando lo ya dicho en el fundamento jurídico 3 de la STC 305/1993, de 25 de octubre, «el art. 25 de la Constitución obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones que les sean de aplicación, sin que sea posible que, a partir de la Constitución, se puedan tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de Ley»."

Por ello, los criterios de la CNC en cuanto a la aplicación de las sanciones, puede alcanzar a una graduación dentro de la previsión legal, lo que el TC denomina "cuadro de las existentes".

Interpretar los artículos 10 y 63 en el sentido de que el 10% del volumen de negocios opera exclusivamente como límite a la cuantificación de las sanciones que la CNC pueda imponer, de suerte que tal órgano administrativo es libre de aplicar cualesquiera porcentajes sobre el valor de las ventas de los bienes y servicios o volumen de negocio en relación directa o indirecta con la infracción, contradice frontalmente el principio de *Lex certa* y reserva legal, respecto de las sanciones administrativas que recoge el artículo 25 de la Constitución en la interpretación que de este precepto nos da el TC.

La literalidad de los artículos 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007, permite su interpretación según los parámetros señalados por el TC, lo que hace improcedente plantear la cuestión de inconstitucionalidad de la Ley, solo posible cuando la norma legal no permita una interpretación conforme a la Constitución.

En conclusión hemos de señalar:

a) Una interpretación del límite del 10% conforme a la Constitución, exige entender que el mínimo de la sanción será el 0% y el máximo el 10% debiendo graduarse la multa dentro de esta escala, según las agravantes y atenuantes concurrentes, valorando su duración y gravedad, desde la perspectiva de la escala establecida por el legislador de 2007, respecto de las infracciones leves - hasta el 1% -, de las graves - hasta el 5% -, y de las muy graves - hasta el 10% -. Nada impide que las respectivas multas se fijen en atención a toda la escala, pero razonando en cada caso la concreta gravedad en la conducta de cada infractor que justifique la fijación del concreto porcentaje.

b) Las amplias facultades que el Reglamento CEE 1/2003 otorga a la Comisión en la graduación de las sanciones, no son trasladables a la CNC, de una parte, porque el Derecho Europeo no se las concede, de otra parte, porque el Derecho español lo impide por rango constitucional, y, por último, porque no existe semejanza entre la naturaleza jurídica de la Comisión y de la CNC.

NOVENO: Resuelta la naturaleza del límite del 10%, hemos de determinar sobre la base que ha de aplicarse.



El artículo 10 de la Ley 16/1989 determinaba:

"... multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 % del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal."

El artículo 63 de la Ley 15/2007 :

"Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa."

Queda fuera de duda el parámetro temporal dada la claridad de los preceptos ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, la referencia lo es al volumen de negocios del año anterior a la fecha de la Resolución de la CNC.

Se plantean, sin embargo, problemas de interpretación en el concepto "...volumen de ventas..." o "... volumen de negocios total...": y ello, porque la empresa infractora puede realizar actividades económicas variadas, o, lo que es lo mismo, operar en distintos sectores económicos. Es necesario determinar si el volumen de negocios lo es en todas las actividades económicas, tengan o no relación con la infracción, que realice la empresa infractora.

Desde este punto de vista cabe entender que volumen de negocios total, viene referido a la total actividad económica de la empresa infractora en todas sus ramas de actividad, o el volumen de negocios total en la rama de actividad en la que se ha producido la infracción.

Para determinar el sentido de la norma atenderemos:

- a) la proporcionalidad: tomar las totales actividades de la empresa, aún aquellas ajenas al ámbito de la infracción, no es proporcional a la infracción reprimida,
- b) finalidad de la norma: consiste en la reprobación de las conductas contrarias a la libre competencia, en el ámbito donde se produzcan, y
- c) ámbito de la vulneración: el sector afectado por la conducta es el parámetro de protección de la libre competencia.

Todo ello nos lleva a concluir que el volumen de negocios total sobre el que ha de aplicarse el porcentaje para determinar la cuantía de la multa, ha de venir referido al ámbito de actividad económica de la empresa, en el que se ha producido la infracción, esto es, al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción.

Este es también el criterio seguido por la Comisión al que se refiere la sentencia de 12 de diciembre de 2012 del Tribunal general antes citada:

"21 En primer lugar, la Comisión determina un importe de base para cada empresa o asociación de empresas. A tal efecto, la Comisión utiliza el valor de las ventas de bienes o de servicios realizadas por la empresa, en relación directa o indirecta con la infracción, en el sector geográfico correspondiente (apartado 13). El importe de base de la multa se vincula a una proporción del valor de las ventas, determinada en función del grado de gravedad de la infracción, multiplicada por el número de años de infracción (apartado 19). Los períodos de más de seis meses pero de menos de un año se cuentan como un año completo (apartado 24). Por regla general, la proporción del valor de las ventas que se tendrá en cuenta puede alcanzar hasta el 30 % (apartado 21)."

Aplicando esta doctrina al caso de autos, el máximo de la sanción lo es el 10% de las ventas o volumen de negocio del ejercicio anterior, en el ámbito en el que se produjo la infracción - en este caso en la exportación -. Toda vez que la responsabilidad se exige por culpa o negligencia y que esta es leve, la duración de la conducta de la recurrente breve y su participación muy escasa, la multa debe imponerse en la parte inferior del grado mínimo. Corresponde imponer el 2.5% del volumen de ventas o negocio en el ámbito de la exportación, en los términos señalados por la CNC, en el ejercicio anterior a la fecha de la Resolución.

De lo expuesto resulta la estimación parcial del recurso, en cuanto la conducta enjuiciada es contraria a la libre competencia, pero la sanción impuesta ha de ser atenuada..."

Aplicando dicha doctrina, procedería la estimación parcial del recurso, en el sentido de aplicar la cifra correspondiente del volumen de mercado afectado en el ejercicio anterior al de la fecha de la resolución, esto es, el ejercicio 2012. Y que estimamos en el 5%, dada la menor participación de la recurrente en la producción de los hechos, en comparación con las empresas del G5, y que se ha limitado a uno solo de los hechos imputados, la conducta de acompañamiento, conforme a lo previsto en el fundamento de derecho segundo, lo que incluso fue advertido en la propia resolución impugnada.



Respecto de la situación de crisis económica que atraviesa la recurrente, lo cierto es que no debe ser tenida en cuenta, conforme a la doctrina de esta Sala, pues la misma ha resultado ser posterior a la de la conducta antijurídica, sin que tenga eficacia suficiente para minusvalorar la gravedad de la misma.

Surge, por tanto, la necesidad de determinar el mercado afectado por la propia resolución. Así, la Sala considera que debió ser aplicado un porcentaje del 5% del volumen del mercado afectado en 2.012 de la recurrente en el ámbito de la Comunidad de Cantabria, representado por la obra pública contratada, lo que deberá ser tenido en cuenta por la Administración demandada, a la vista de la documental aportada por la recurrente.

En consecuencia, por todas las razones expuestas, procede la estimación del recurso contencioso-administrativo que formula la recurrente con carácter parcial, anulándose la resolución impugnada en los términos expresados en el presente fundamento de derecho, y debiéndose dictar otra en ejecución de sentencia que tenga en cuenta lo establecido en este fundamento de derecho.

QUINTO.- Conforme al art. 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa 29/1998 en su redacción dada por la Ley 37/2011, al haberse estimado parcialmente el recurso contencioso-administrativo, no procede realizar condena alguna en cuanto a las costas procesales.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Sexta, ha decidido:

1º.- ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por **CUEVAS GESTIÓN DE OBRAS S.L** , y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a. MARIA TERESA RODRÍGUEZ PECHIN, frente a la **Administración del Estado** , dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 8 de marzo de 2013** , y en consecuencia, anulamos la misma, en los términos establecidos en el fundamento de derecho cuarto .

2º.- DESESTIMAR

el recurso contencioso-administrativo en cuanto a lo demás que solicita la recurrente .

3º.- No ha lugar a hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas procesales .

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación ordinario, por lo que resulta firme, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, Ilmo. Sr. D. JAVIER EUGENIO LOPEZ CANDELA estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo Doy fe.