



Roj: **SAN 1459/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:1459**

Id Cendoj: **28079230062014100201**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **25/02/2014**

Nº de Recurso: **674/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1459/2014,**
STS 5310/2015

SENTENCIA

Madrid, a veinticinco de febrero 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 674/11, seguido a instancia de "Copisa Constructora Pirenaica SA", representada por el Procurador de los Tribunales *D. Germán Marina y Grimau, 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 más 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 empresa especializada en concesiones en la ejecución de proyectos de ingeniería civil, edificación, rehabilitación y restauración, en la promoción inmobiliaria y el desarrollo industrial.

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 resolución recurrida, intervino en la reunión secreta de 16 de diciembre de 2008, y de este modo participó en 2009 en 5 licitaciones convocadas por el Ministerio de Fomento: 32-AV-2970, 32-MU-5630, 32-S-5580, 32-SO-2940, 32-V-5870, además de la licitación de 2008, 32-LE-4000.

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 las bajas presentadas en dichas licitaciones.

b) Imponer a la entidad recurrente una multa de 1.131.625 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. Caducidad del expediente sancionador

-La DI acordó la incoación del expediente sancionador el 18 de febrero de 2010 por lo que el plazo de caducidad empieza a computarse desde el día siguiente, 19-2-10, venciendo los 18 meses a que se refiere el artículo 36.1 LDC , el 18-8-11.

-El 20-7-11 el Consejo de la CNC acuerda la práctica de pruebas complementarias y suspender el plazo máximo para resolver el expediente con efectos del 20-7-11 durante el tiempo necesario para la práctica de dicha prueba.

-El 30-08-11, el Consejo dictó un acuerdo sobre valoración de prueba concediendo a las partes imputadas un plazo de 10 días para alegaciones, entendiéndose el Consejo que durante dicho período el plazo de tramitación del expediente continuaba bajo los efectos de la suspensión.

-El 26-9-11 el Consejo acordó el levantamiento de la suspensión, y reanuda el cómputo del plazo de resolución, notificándose a la recurrente la resolución de conclusión el 20 de octubre de 2011.

-La recurrente estima que la suspensión del plazo no se extiende al período de valoración de las pruebas complementarias: invoca el artículo 37.1 e) LDC , y 12.1 b) del RDC, para concluir que la suspensión solo es posible para la práctica de la prueba pero no para su valoración, a lo sumo el 30-08-11. Está justificada la suspensión para incorporar documentos externos a la investigación, pero no para su valoración, ya que esa es una operación interna, producida en el seno del expediente.

-El plazo máximo para resolver el expediente ha sido arbitrario: Invoca el artículo 37.1 de la LDC y concluye que al no haberse motivado la razón por la que suspendía el procedimiento, es decir, no se indica en el Acuerdo de 19-7-11 la razón por la que la CNC debe practicar dichas pruebas complementarias y la imposibilidad para analizar el expediente con el tiempo suficiente.

2.Caducidad del expediente sancionador por no haberse notificado la resolución definitiva recaída en el expediente S/0226/10:

-La resolución definitiva notificada a la recurrente el 20 de octubre de 2011, es distinta de la publicada por la CNC en su página web: advierte modificaciones en relación con las multas impuestas a otras empresas, en concreto: Eiffage, y Gevora. Se ha incurrido en caducidad, al haber transcurrido más de 18 meses desde la incoación del expediente, hasta la publicación de la resolución corregida en la página web, sin que se le haya notificado dicha corrección. No hace falta causar indefensión a la recurrente para entender vulnerado el derecho.

3. Los elementos de prueba se obtuvieron de manera casual, sin haberse respetado el procedimiento legalmente establecido:

-El alcance de la orden de investigación: La Orden de investigación se dicta por la DI el 9 de octubre de 2009, para "verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de la entidad (otra distinta de la recurrente), que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC , consistentes, en general, en acuerdos para el reparto de mercado, la fijación de precios, la fijación de condiciones comerciales, así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir al cierre de los mercados de contratación, suministro y ejecución de obras".

- La conducta objeto de investigación es más concreta que todo lo que potencialmente podría ser cubierto por la referida orden ya que la orden de investigación no define su objeto, sino que esa definición procede a la inversa.

-La conducta objeto de investigación, sobre cuya posible existencia se tenga noticia, ha de ser específica y concreta. No obstante, los requisitos de la orden de investigación, son más flexibles y basta con una descripción general



-Invoca la STJUE recaída en el asunto, Asociación Española de la Banca Privada, en el sentido de que las autoridades de competencia solo pueden hacer uso de las informaciones que reciban con el mismo fin para el que las recibieron. Invoca la STJUE DE 17-10-89 asunto 85/87, Dow Chemical y subraya que en caso de encontrar, en el seno de una investigación, documentos reveladores de la comisión de otra infracción, debe abrirse un nuevo procedimiento, pero no usarlos en el mismo. Subraya que existen grandes diferencias entre las licitaciones en las que participó la recurrente y la actividad objeto de examen el expediente derivado de la orden de investigación: 13 licitaciones (entre ellas las 6 en las que intervino la recurrente), fueron convocadas por el Ministerio de Fomento y 1 por Provilsa, afecta a provincias distintas, la identidad de las empresas participantes es distinta y las licitaciones se ubican en períodos temporales distintos, 2009 por un lado y 2007 y 2008 por otro.

-La CNC no ha informado al Juez que autorizó la entrada domiciliaria de los hallazgos casuales y tampoco ha respetado el alcance subjetivo de la orden de investigación, que limita los hallazgos válidos a efectos de usarlos en el expediente de referencia, a los que afecten a la misma entidad.

4. Ausencia total de prueba respecto de ciertas licitaciones:

-La recurrente concentra su alegato en la licitación León 32-LE-4000, adjudicada en 2008, y subraya que el Consejo no contó con base probatoria suficiente, pasando a analizar los argumentos en que se basa la resolución: a) Documento de Misturas: no prueba la existencia de colusión, b) no se ha encontrado ningún pago a favor de la recurrente en la contabilidad de las empresas imputadas en el expediente sancionador relacionado con esta licitación, c) la responsabilidad de fija por "inferencia lógica", es decir, por analogía al haber participado en las otras licitaciones, lo que califica de arbitrario. Hay empresas participantes en licitaciones en las que supuestamente ha habido concertación, que no han sido sancionadas porque no aparecen mencionadas en los documentos incautados. Esta situación, es contraria a la lógica del pacto colusorio mismo.

5. La documentación incautada no es prueba suficiente para justificar la imposición de la sanción:

-La sanción impuesta a la recurrente se basa en una serie de documentos incautados en la sede de Padecasa y Misturas: a) documentos "Padecasa", b) Archivos Excel de misturas, y c) Extractos de las cuentas por clientes y por proveedor de la contabilidad de Misturas y Extracto.

-No se sabe quien los ha elaborado, su finalidad ni en qué momento se han producido. Cuestiona el valor probatorio de las declaraciones incriminatorias efectuadas por coimputados en el marco de la política de clemencia y con mas razón a este tipo de declaraciones efectuadas, como en este caso, cuando ya la CNC ha emitido su opinión a través del PCH.

6. Arbitrariedad en la configuración y tramitación del expediente administrativo:

- Hay documentos en el expediente comparables a los que han justificado la imposición de la sanción recurrida y sin embargo, no han sido tomado en consideración para la imposición de sanciones a otras empresas.

7. Arbitrariedad en el cálculo de las multas:

-Error de la CNC al definir el volumen de ventas del infractor afectado por la infracción: Para realizar el cálculo del importe básico de la sanción, la CNC tomó en consideración el mercado relevante y no el volumen de ventas realizado por el infractor en la actividad y área geográfica afectada por la infracción, como debe hacerse según las Directrices de la CNC y de la Comisión Europea.

Sólo deben tomarse en consideración, los procedimientos restringidos en los que participó la recurrente, pues las conductas examinadas se han dado únicamente en el marco de procedimientos restringidos: en estos casos la cifra de ventas de la recurrente por obras de conservación, mejora, refuerzo, renovación, y rehabilitación de firmes, durante los ejercicios de 2008 y 2009, es de cero euros.

-Discrepa de la calificación de la infracción como única: no existe nexo causal entre las distintas infracciones (ni temporal, ni geográfico, ni por órgano convocante, ni por entidad de las empresas).

-Indeterminación y falta de motivación en relación con la duración de la infracción: la CNC no ha tenido en cuenta todos los elementos mencionados en el artículo 64 LDC para el cálculo de la sanción, por lo que ha vulnerado el principio de proporcionalidad. Destaca que no se ha hecho mención alguna al plazo de duración de la infracción.

-Arbitrariedad en la aplicación de los criterios temporales La CNC no explica los criterios temporales por los que impone la cuantía de las sanciones, que divide en tres períodos: la cuantía de la multa no puede depender de un factor tan aleatorio como es el que la infracción se haya cometido en un año o en otro.



-Arbitrariedad en la aplicación del porcentaje que corresponde al coeficiente de la sanción: no se explica cual es el criterio lógico seguido para fijar los parámetros que permiten concluir cómo se gradúa la sanción. No motiva la fijación de los porcentajes de graduación y el por qué es necesario tener en cuenta el número de licitaciones en los que ha participado una empresa, pues las que han participado en una sola licitación, son sancionadas de forma más severa que las que lo han hecho en varias. Reconoce la CNC que la colusión no se ha acreditado en todos los casos, por lo que en esos supuestos, procede la anulación de la sanción.

8. Error de la CNC en el cómputo de las cifras de negocio aportadas por la recurrente:

-Cálculo erróneo de la sanción: la CNC no dedujo para el cálculo del montante base, la facturación correspondiente a la construcción de firmes y plataformas, ya que esta actividad no formaba parte del mercado afectado, a pesar de haber solicitado la CNC en un segundo requerimiento de información, un desglose de las cifras de negocio de la recurrente. La CNC da por válidas las cifras de negocio obtenidas con el primer requerimiento de información, pero hace caso omiso de las obtenidas con el segundo con explicaciones genéricas y estereotipadas que no permiten a la recurrente conocer la razón por la que no ha aceptado las cifras propuestas tras el segundo requerimiento..

-La recurrente estima que en caso de imponerse la sanción, el cálculo correcto de la misma debe tener en cuenta que el mercado afectado es el de conservación, mejora, refuerzo, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas durante el ejercicio 2009 (651.913,35) € y 2008 (1.724.491,84 €, en una media ponderada), lo que, aplicando los criterios seguidos por la CNC, arrojaría una cifra de 291.792,33 €.

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 alegó lo siguiente:

1. Caducidad del procedimiento: Invoca la jurisprudencia de la Sala recaída en expedientes que guardan identidad de razón con la cuestión planteada, para justificar la desestimación de este motivo de recurso. La notificación posterior a Devora y Eiffage no afecta a la recurrente.

2. Extralimitación de la Inspección:

-En el inicio de la instrucción ya se acordó la apertura de dos expedientes distintos: el S/0192/09 "asfaltos" y el S/0229/10 "licitaciones carreteras"

-El objeto de la inspección, delimitada por la Orden de investigación de 9-10-09, era la contratación, suministro y ejecución de obras, lo que abarca la incoación de los dos expedientes, con mas garantías, incluso, que la situación de incorporación a un expediente de hallazgos casuales, admitida por la jurisprudencia, si se dan ciertas garantías.

- Cita de forma expresa la SAN de 26 de octubre de 2012, recurso nº 639/11 recaída en un asunto vinculado a la resolución impugnada y recuerda que la sentencia "Stanpa" de la AN fue anulada por la STS de 27 de abril de 2012 .

3. Falta de prueba:

-Se remite a la página 86 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.

-Se remite a las páginas 105 y 106 de la resolución recurrida, y subraya que consta la participación de Copisa en la reunión de 16 de diciembre de 2008, su participación en seis licitaciones, el hecho de ser mencionada en los documentos Padecasa y Misturas.

- El documento Padecasa, contiene menciones muy precisas que involucran a Copisa en los acuerdos colusorios. De igual forma el documento Misturas

-Participación en la reunión de 16 de diciembre de 2008: invoca la STJUE de 7 de enero de 2004 , entre otras, sobre el distanciamiento público para excluir responsabilidades derivadas de la asistencia a reuniones colusorias.

-Licitación de León: Invoca las SSAN de 15-11-12 , 4-1-13 , y 5-3-13 en las que se ha ratificado la existencia de prueba respecto de la participación de la recurrente en los acuerdos sobre esta licitación, corroborado por la mención en el documento Misturas..

4. Arbitrariedad del procedimiento: la CNC ha sancionado a 47 empresas como consecuencia de los acuerdos denunciados, por lo que no ha discriminado a la recurrente, respecto de la cual, en todo caso se han encontrado indicios y pruebas incriminatorias suficientes.



5. 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. En cuanto a la inclusión de licitaciones por procedimiento abierto, estima que no cabe identificar un mercado relevante por cada licitación, ya que la competencia entre empresas existe en cada fase de la licitación, incluida la previa, por lo que no debe apreciarse en un acto de consumo singular. Por otra parte, la delimitación del mercado alcanza a todo el mercado en el que la conducta infractora ha quedado demostrada, con independencia de que dicha conducta ilícita no se haya plasmado en todas las actuaciones de la recurrente en el mercado.

- La duración tomada en cuenta por la CNC y el volumen de ventas del mercado afectado, han sido justificados en la resolución, a la que se remite.

6. Error en el cálculo de la sanción:

-La información presentada por la recurrente a raíz del segundo requerimiento, no resulta creíble por las razones siguientes: a) no acredita el contenido de la información que traslada, b) no se define a sí misma como constructora de carreteras, c) en su escrito de 2-9-11 se limita a señalar que las obras referidas deber ser calificadas como de construcción, sin aporte probatorio alguno y sin que en fase de instrucción y tramitación del expediente hiciera mención a esta circunstancia. Critica el informe aportado por la recurrente con su demandas en la medida en que no justifica la calificación de las obras como de construcción y conservación.

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 14 de enero 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, 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 1.131.625 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 caducidad del procedimiento , que agrupa en dos consideraciones distintas:

1º. La primera se refiere a determinar si la suspensión del plazo de tramitación acordado por la DI para la práctica de pruebas complementarias, debe extenderse al período de valoración de las mismas por las partes

Tal y como recuerda la defensa del Estado, esta Sala ha dictado ya una serie de sentencias que vienen a fijar un criterio consolidado sobre la concreta cuestión planteada y lo ha hecho en sentido contrario a las pretensiones de la recurrente. En concreto, las SSAN de 18-12-2012 (recurso nº 861/09 y 865/09), o la de de 5-02-13, rec. nº 420/11 .

En definitiva, el alargamiento del plazo se ha justificado en la resolución impugnada para garantizar el derecho de defensa de las partes, pues esa, y no otra, es la finalidad de ampliar el plazo de tramitación, a los exclusivos efectos de que las partes afectadas puedan formular alegaciones sobre la práctica de una prueba complementaria que se ha estimado necesaria. La decisión de ampliación del plazo, tiene, sin género de dudas, cobertura legal suficiente y específica en los artículos 37.1 e) LDC , y 12.1 b) del RDC. En esta línea de razonamiento ya se ha manifestado esta Sala en asunto directamente vinculado con la resolución recurrida, en concreto la SAN de 8 de abril de 2013, recurso nº 655/2011 en la se indicó lo siguiente: "Resulta en consecuencia que, a juicio de esta Sala, el periodo por el que se acuerda la suspensión alcanza, en su caso, a la



finalización del periodo que se conceda para formular alegaciones a los interesados, cuando, como es el caso, se ha acordado la realización de actuaciones complementarias. Y el hecho de que unos las realicen y otros no, o que cada uno disponga de un periodo (por solicitarse por algunos y concederlo la CNC la ampliación del plazo), no autoriza a considerar que, en el marco de un único expediente, la duración de este deberá computarse individualizadamente. Siendo único el expediente, si la CNC acuerda la suspensión, esta afecta a todos los expedientados y cuando acuerda el levantamiento, este igualmente afecta a todos. Por otra parte, y en contra de la alegado por la recurrente, no se trata de que la suspensión del plazo máximo se haya extendido al periodo de valoración del resultado de las pruebas y actuaciones complementarias practicadas, sino que, como se ha visto, se trata de dar a las partes la posibilidad de formular alegaciones, siendo conforme a derecho que el levantamiento se acuerde una vez finalizado el periodo para formular las referidas alegaciones. Esta conclusión encuentra por otra parte su fundamento en el principio de seguridad jurídica."

En cuanto a la suficiencia de motivación de dicho acuerdo de ampliación de plazo, la norma mencionada no exige un específico deber de motivación, sin perjuicio de la posibilidad de calificar dichas diligencias de prueba como mero artificio para prolongar indebidamente el plazo de tramitación mediante la práctica de pruebas superfluas o innecesarias. No este el caso, y ninguna mención hace a esta circunstancia la recurrente.

2. La segunda se refiere a la eventual caducidad del expediente sancionador por no habersele notificado la resolución definitiva recaída en el expediente S/0226/10, fruto de correcciones sobre la versión que le fue efectivamente notificada:

A este respecto debe decirse que si bien la resolución definitiva notificada a la recurrente el 20 de octubre de 2011, es distinta de la publicada por la CNC en su página web, no por ello se ha producido el efecto pretendido, pues, las modificaciones operadas lo son en relación con las multas impuestas a otras empresas, en concreto: Eiffage, y Gevora, por lo que ninguna incidencia tiene esta circunstancia en la concreta esfera de protección de derechos de la recurrente.

TERCERO : La segunda de las cuestiones planteadas se refiere a las denunciadas extralimitaciones de la inspección que tendrían como consecuencia la invalidación de la prueba obtenida en los actos de entrada en los correspondientes domicilios.

Sobre esta cuestión, debe recordarse, como subraya la defensa del Estado, que ya desde el inicio de la instrucción, se acordó, sobre la base de la misma orden de investigación, la apertura de dos expedientes distintos: el S/0192/09 "asfaltos" y el S/0229/10 "licitaciones carreteras", que es el que da origen al presente procedimiento. Por otra parte, el objeto de la inspección, delimitada por la referida orden de investigación de 9-10-09, se refería a la búsqueda de información que denotara la existencia de pactos colusorios en materia de contratación, suministro y ejecución de obras públicas, lo que abarca la incoación de los dos expedientes y está de acuerdo con los parámetros de concreción fijados por la STS de 27 de abril de 2012, asunto STANPA, recurso nº 6552/2009) y en la SAN de 26 de octubre de 2012 recurso nº 639/2011 que resuelve un supuesto idéntico al presente, pues deriva de las mismas actuaciones. Por ello no resulta necesaria la invocación de la doctrina jurisprudencial sobre los hallazgos casuales de elementos incriminatorios no conexos, y de la particular obligación que la misma impone de informar al juez sobre dicha circunstancia (ATC 161/2004).

La SAN de 8 de abril de 2013, recurso nº 255/2011 , se expresa sobre esta misma cuestión en los siguientes términos: "En cuanto a la alegación de que los documentos fueron encontrados casualmente, la Sala ha comprobado que se inició una investigación por un concreto hecho, pero a medida que la misma progresaba se fueron descubriendo otros hechos íntimamente relacionados y conexos que proporcionaron a las autoridades de defensa de la competencia la prueba de que el acuerdo para acudir a las licitaciones de carreteras, pactar las bajas, ofrecer una baja más alta de la prevista y repartirse el importe así ilícitamente obtenido afectaba a distintas licitaciones en todo el territorio del Estado. No es en absoluto este supuesto el examinado por el TJUE en el asunto AEB parcialmente reproducido por la demandante, ni existe coincidencia fáctica con los otros supuestos citados en los que se utilizó por la Comisión europea documentación obtenida en un procedimiento para abrir otro, o para formular cargos en otro, dado que en este caso se trata de un único procedimiento y de una única infracción.

No son relevantes a los efectos examinados las diferencias que la actora pone de relieve: ni que el convocante fuera un órgano distinto, ni las provincias diferentes, ni que las empresas participantes en ocasiones eran otras, y el periodo temporal dilatado, porque eran en todo caso licitaciones públicas, el ingreso ilícitamente obtenido lo era a cargo de fondos públicos, el sistema organizado por las empresas válido y similar en todos los casos.

Por último y en cuanto a lo que la actora denomina "*el alcance subjetivo de las conductas investigadas*" los documentos hallados en el registro efectuado a PADECASA pueden ser utilizados como prueba de la conducta de la referida Padecasa y desde luego como prueba respecto a todas aquellas empresas relacionadas con



la misma, no siendo exigible, como resulta de la tesis actora que "los inspectores solo pueden investigar las actuaciones de la entidad investigada".

CUARTO: A continuación, plantea el recurrente, la insuficiencia de la prueba practicada en orden a justificar la imposición de la sanción. Es indudable que la carga de la prueba corresponde a la CNC en la medida en que dicho órgano es el que impone la sanción y debe, en consecuencia, desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia de que goza la empresa recurrente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24.2 CE. No obstante, el derecho a la presunción de inocencia no puede identificarse con la obligación por parte de la Administración sancionadora, de contar siempre y en todo caso con pruebas directas de la comisión de la infracción. La acreditación de las conductas infractoras mediante la prueba de indicios está ampliamente aceptada por la jurisprudencia constitucional desde las SSTC 174 y 175/1985, y resulta práctica habitual en materia de cárteles, siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva y de convicción suficiente, se encuentren en directa relación con las consecuencias que se pretenden extraer de los mismos y no exista una explicación alternativa razonable.

Los elementos de prueba con los que cuenta la CNC para la imposición de la sanción, son los documentos que halló en los domicilios de otras empresas a raíz de la entrada en sus locales efectuada el 15 de octubre de 2009, y mas en concreto, los folios del expediente 1108 a 1112 (documento Padecasa), folios 1984 a 2007 (archivos excel de Misturas) y folios 2230 a 2590 (extractos de las cuentas por cliente y por proveedor de la contabilidad de Misturas y Extraco). Sobre el valor probatorio de estos documentos en sí mismo considerados, también la SAN de 8 de abril de 2013 antes mencionada, ha tratado la cuestión debatida en los términos que damos por reproducidos, dejando constancia a su aplicabilidad a este caso: "La actora alega a continuación que si se considera que la documentación recabada en las inspecciones puede ser validamente utilizada por la CNC la misma no constituye un conjunto de pruebas suficiente.

La actora analiza el documento Padecasa, el excel de Misturas, y los extractos de las cuentas por cliente y por proveedor de la contabilidad de Misturas y Extraco. Niega valor probatorio a las declaraciones de algunas empresas imputadas reconociendo ciertos hechos.

La valoración que hace la CNC se sustenta en el conjunto de elementos probatorios, analizados y descritos en la resolución impugnada. Estos elementos aisladamente considerados, como si solo y exclusivamente existiera uno de ellos no bastan para probar la conducta de la recurrente, pero la suma de estos si constituye prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia de la recurrente. El TGUE en la sentencia Siemens/ Comisión de 3 de marzo de 2011 recordó que "según la jurisprudencia, 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, la prueba de un cartel puede nacer de un conjunto de indicios concordantes (véase el anterior apartado 48). En consecuencia, Siemens no puede pretender que se desestime tal prueba alegando que, considerados de forma aislada, los indicios específicos invocados por la Comisión no bastan para demostrar los comportamientos que se le imputan. En efecto, por definición, los componentes específicos que forman parte de ese conjunto concordante de indicios presentados por la Comisión, considerados de forma aislada, no pueden constituir pruebas completas de ese comportamiento".

En cuanto a las declaraciones de otras empresas participantes en el cártel reconociendo los hechos, el TGUE en la sentencia de 27 de julio de 2012 dictada en el asunto T-439/07 Coats Holding/Comisión recordó que

"En cuanto al valor probatorio que debe reconocerse a los diferentes medios de prueba, hay que destacar que el único criterio pertinente para apreciar las pruebas aportadas reside en su credibilidad (véanse las sentencias del Tribunal de 8 de julio de 2004, Mannesmannröhren-Werke/Comisión, T-44/00, Rec. p. II-2223, apartado 84, y la jurisprudencia citada; de 8 de julio de 2004, Dalmine/Comisión, T-50/00, Rec. p. II-2395, apartado 72, y JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 39 supra, apartado 273). Según las reglas generalmente aplicables en materia de prueba, la credibilidad y, por consiguiente, el valor probatorio de un documento dependen de su origen, de las circunstancias de su elaboración, de su destinatario, y del carácter razonable y fidedigno de su contenido (sentencia Cemento, citada en el apartado 39 supra, apartado 1053; conclusiones del Juez Sr. Vesterdorf en funciones de Abogado General en el asunto que dio lugar a la sentencia del Tribunal de 24 de octubre de 1991, Rhône-Poulenc/Comisión, T-1/89, Rec. pp. II-867 y ss., especialmente pp. II-869 y II-956). Debe concederse gran importancia en especial al hecho de que un documento se haya elaborado en relación inmediata con los hechos (sentencias del Tribunal de 11 de marzo de 1999, Ensidesa/Comisión, T-157/94, Rec. p. II-707, apartado 312, y de 16 de diciembre de 2003, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied y Technische Unie/Comisión, T-5/00 y T-6/00, Rec. p. II-5761, apartado 181) o por un testigo directo de esos hechos (sentencia JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 39 supra, apartado 207). Además, procede recordar que el mero hecho de que la información haya sido comunicada por empresas que hayan presentado una solicitud para acogerse a las Comunicaciones sobre la cooperación de 1996 o de 2002 no desvirtúa su valor probatorio.



46 En efecto, según reiterada jurisprudencia, ninguna disposición ni principio general del Derecho de la Unión prohíbe que la Comisión invoque contra una empresa las declaraciones de otras empresas implicadas. De no ser así, la carga de la prueba de comportamientos contrarios a los artículos 81 CE y 82 CE, que recae en la Comisión, sería insostenible e incompatible con la misión de vigilancia de la buena aplicación de estas disposiciones que le atribuye el Tratado (véase la sentencia JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 39 supra, apartado 192, y la jurisprudencia citada).

47 Es comprensible albergar cierta desconfianza respecto a las declaraciones voluntarias de los principales participantes en un cártel ilícito, dada la posibilidad de que tales participantes tiendan a minimizar la importancia de su contribución a la infracción y a maximizar la de los demás. Sin embargo, habida cuenta de la lógica inherente al procedimiento previsto por las Comunicaciones sobre la cooperación de 1996 o de 2002, el hecho de solicitar la aplicación de ésta para obtener una reducción de la multa no crea necesariamente un incentivo para presentar elementos de prueba deformados respecto a los demás participantes en el cártel investigado. En efecto, toda tentativa de inducir a error a la Comisión podría poner en tela de juicio la sinceridad y la plenitud de la cooperación del solicitante y, por tanto, poner en peligro la posibilidad de que éste se beneficie completamente de dichas Comunicaciones (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de 16 de noviembre de 2006, Peróxidos Orgánicos/Comisión, T-120/04, Rec. p. II-4441, apartado 70, y de 8 de julio de 2008, Lafarge/Comisión, T-54/03, no publicada en la Recopilación, apartado 58).

48 En particular, procede considerar que el hecho de que una persona confiese que ha cometido una infracción y reconozca así la existencia de hechos que rebasan lo que podía deducirse directamente de dichos documentos implica a priori, si no concurren circunstancias especiales que indiquen lo contrario, que tal persona ha resuelto decir la verdad. En efecto, las declaraciones contrarias a los intereses del declarante deben considerarse, en principio, pruebas especialmente fiables (sentencias del Tribunal JFE Engineering y otros/Comisión, citada en el apartado 39 supra, apartados 211 y 212; de 26 de abril de 2007, Bolloré y otros/Comisión, T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 y T-136/02, Rec. p. II-947, apartado 166, y Lafarge/Comisión, citada en el apartado 47 supra, apartado 59)."

Resulta en consecuencia, que tal y como ha señalado ya esta Sala en anteriores sentencias dictadas en relación con este expediente de la CNC, estas declaraciones autoinculpatorias de otros participantes en la conducta enjuiciada no bastan para establecer la participación de otros en la misma, pero si, como es el caso, vienen acompañadas de un conjunto de documentos, y lo que reflejan los mismos ha sido confirmado por las pruebas obtenidas en las investigaciones de la Administración, tales declaraciones pueden y deben ser tenidas en cuenta como prueba de cargo.

En este caso, algunas empresas han aportado facturas cuyos importes coinciden con los que resultan de documentación hallada en inspecciones domiciliarias, y a su vez estos documentos confirman lo que resulta de los llamados documento Padecasa y hoja excel de Misturas".

La actora insiste reiteradamente en que, en realidad, no se ha acreditado la existencia de la reunión de 16 de diciembre de 2008, en la que supuestamente se acordaron las condiciones colusorias para participar en las 5 licitaciones de 2009, y si bien es cierto que no existe ningún documento emitido por la recurrente que confirme la existencia misma de esa reunión, no podemos compartir las tesis de la recurrente.

Las conclusiones a las que ha llegado la Sala sobre la acreditación de la existencia de la reunión referida, se basan en los documentos antes referenciados, en los que se cita de forma inequívoca a la recurrente, en la constatación de que participó en las licitaciones mencionadas, y en el testimonio de determinadas empresas, singularmente Sorigué SA, que reconocen haber participado en la misma y explican con detalle su desarrollo, hecho que la recurrente no contesta y expresamente admite en su contestación a la propuesta de resolución. No podemos compartir los motivos en los que la recurrente basa su descalificación a dichos documentos, en cuanto a su autoría, confección y contenido, pues se trata de documentos encontrados en la sede de distintas empresas, los de "Padecasa" manuscritos, coincidentes en lo esencial de sus informaciones y que contienen datos avalados por acontecimientos posteriores, como la efectiva participación de la recurrente en las licitaciones mencionadas y en las mismas condiciones avanzadas por los mismos, singularmente las que se refieren a las bajas ofertadas por cada empresa y en concreto la recurrente. Las contradicciones denunciadas por la recurrente no desvirtúan el dato esencial sobre la existencia del acuerdo, las condiciones y objeto del mismo en su expresión general, sin que la explicación alternativa ofrecida frente al cúmulo de coincidencias denunciado tenga como se detallan en las páginas 92 y 93 de la resolución recurrida. Resulta particularmente llamativo el análisis del folio 1111 del expediente (documento Padecasa), y de los documentos obtenidos en la sede de Misturas, y la coincidencia que aparece entre las cifras que los mismos mencionan y el resultado final producido.



En lo que respecta a la actividad colusoria de la recurrente en la licitación 32-LE-4000 (León), esta Sala en la sentencia de cinco de marzo de 2013, recurso nº 566/11, en relación precisa con la licitación que nos ocupa señaló lo siguiente: "Alega el recurrente (Misturas) en cuanto a las cuatro licitaciones para la rehabilitación y refuerzo de firmes convocada y adjudicadas en el año 2008 que no existen elementos probatorios que acrediten la existencia de colusión. Así indica que la resolución no ha acreditado la existencia de pagos a Misturas por parte de las empresas adjudicatarias de las licitaciones y el documento ingresos y pagos 1.xls (folio 1984, tomo IX en formato PDF) es el único indicio aportado por la CNC que no permite probar indubitadamente su participación ya que contiene solo unas cifras cuyo concepto asociado no es identificable, nombres de provincias y carreteras y algunas referencias a empresas activas del sector. Añade que las cifras referidas en dicho documento corresponden a previsiones de producción y subcontratación y no como afirma la CNC a pagos por compensación por las bajas ofertadas en esas licitaciones de 2008.

Examinado ese documento efectivamente recoge cifras, nombres de provincias y empresas del sector pero el elemento que las relaciona y que omite indicar el recurrente en el escrito de demanda es el propio título del documento "ingresos y pagos de subastas restringidas". Por otra parte el nombre de las carreteras y provincias que recoge se refiere a carreteras cuya rehabilitación de firmes era el objeto de la licitación convocada por el Ministerio de Fomento. Asturias 32-0-5460, Pontevedra 32- PO-3270, León 32-LE-400 y Cáceres 32-CC-1390. Asimismo las empresas del sector que se citan son las adjudicatarias de cada una de las licitaciones y aparecen en la segunda columna de la misma línea que el nombre de la carretera objeto de licitación indicando a continuación una cifra".

El examen del folio 1984 permite concluir que en esta licitación de León hubo pacto colusorio, como pone de manifiesto la mención a un pago que realiza la adjudicataria a Misturas por presentar ofertas modificativas superiores a la presentada por la adjudicataria. Por otra parte, puede identificarse en esta licitación de León la misma forma de proceder respecto de las licitaciones de 2009, pues coinciden prácticamente las mismas empresas participantes (11 sobre 14), y son muy similares los porcentajes de bajas ofrecidos en todos los casos de colusión. La participación, acreditada, de la recurrente en esta licitación en el marco de las circunstancias descritas, nos conduce a estimar suficiente el nivel de prueba aportado por la CNC para confirmar, también este punto, la resolución recurrida.

QUINTO: La actora alega la nulidad de la resolución recurrida por "arbitrariedad en la configuración y tramitación del expediente administrativo" (págs. 56 y siguientes de la demanda) porque en el expediente aparecen documentos que "se refieren a episodios o licitaciones distintas de aquellas sobre las cuales gira la presente acusación". De acuerdo con la ya mencionada sentencia de 8 de abril de 2013, "se analiza el folio 2745, el folio 2751, el folio 2762, 2763 respecto de los cuales la actora ni los da por buenos, ni reconoce su autenticidad, ni alega que debieron las empresas que aparecen citadas en dichos folios ser acusadas "nos limitamos a constatar que estos documentos contienen menciones y frases totalmente comparables similares a aquellas que sirven de base para la acusación contra... (en este caso la recurrente, sin que hayan merecido la atención de la investigación de la DI".

La actora fundamenta su tesis en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 24 de noviembre de 2009. En la misma se casa la dictada por el TSJ de Baleares en materia de consumo con, entre otros, el siguiente fundamento:

"La Sentencia no aceptó que como manifestaba la recurrente la conducta de la Administración fuera arbitraria cuando requerida para que motivase porque sancionaba a la recurrente y, sobre todo, cuando se intentó probar el trato discriminatorio frente al resto de las entidades que realizando idénticas prácticas no eran sancionadas aceptó que así era, pese a lo cuál se limitó a sancionar a la demandante, única entidad elegida por la Asociación de Consumidores y Usuarios para ser objeto de su denuncia.

Esa diferencia de trato debió ser explicada por la Administración y al no hacerlo incurrió en arbitrariedad, conducta proscrita constitucionalmente para todos los poderes públicos, y así debió reconocerlo la Sentencia de instancia que lejos de ello mantuvo que como la Administración al sancionar actuaba dentro de la legalidad no había posibilidad de incurrir en arbitrariedad, declaración claramente errónea cuando de lo que se trataba era de explicar no el trato desigual sino el tratamiento arbitrario consistente en sancionar a alguien por algo que era notorio practicaban cuantos se dedicaban a la misma actividad, aún cuando no hubieran sido denunciados por ello."

Del examen de los folios citados (2745, 2751, 2762, y 2763) no resulta, a juicio de esta Sala, que la CNC entendiera acreditada la conducta por otras empresas y que arbitrariamente no las sancionara. Se ha continuado el expediente contra aquellas empresas contra las que la Administración entendió que se había practicado prueba de cargo, entre ellas la ahora recurrente, no apreciándose la arbitrariedad denunciada".



SEXTO -. La recurrente considera, en un nuevo motivo de recurso, que ha habido arbitrariedad en el cálculo de las multas, por error al definir el volumen de ventas del infractor entendiendo la actora que para el cálculo del importe básico de la sanción la CNC deberá tener en cuenta el volumen de ventas realizado por el infractor en la actividad y área geográfica afectada por la infracción y no el mercado relevante "*como en realidad hace*".

La sentencia de 8 de abril de 2013, que también invocamos y aplicamos en el presente caso, señala que "la resolución de la CNC establece en su fundamento de derecho séptimo que el ámbito en el cual la infracción es susceptible de producir efectos y por lo tanto que se debería considerar como referencia a efectos del cálculo del importe básico de la sanción, es la totalidad de las licitaciones públicas del ámbito de la conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas.

Hay que tener en cuenta que la delimitación exacta del "*mercado relevante*" no es necesaria para determinar la existencia de una infracción tipificada en el artículo 1 de la LDC, cuando se trata de acuerdos que, por su contenido y finalidad, objetivamente se puede concluir sin mayor análisis que son anticompetitivos por su objeto, que es lo que sucede en este caso. Ahora bien hay que tener en cuenta que "*el mercado afectado*" es uno de los factores que conforme al art. 64.1.a) de la LDC 15/2007 la autoridad de competencia debe tener en cuenta para determinar el importe de la sanción, y de acuerdo con la Comunicación de la CNC sobre cuantificación de las sanciones de 2009 sirve para determinar el volumen de ventas afectado por la infracción, que se toma como importe básico de la sanción (párrafos 9 a 11 de la Comunicación).

No procede excluir tal como pretende el recurrente las licitaciones realizadas a través de procedimientos abiertos a efectos de determinar el mercado afectado por la infracción ya que aun cuando las licitaciones públicas identificadas en la resolución se refieran exclusivamente a subastas de carácter restringido, los efectos de esas prácticas colusorias se extienden al mercado de todas las licitaciones ya que el precio de adjudicación en anteriores licitaciones ya sean restringidas o abiertas sirve de referencia para fijar el precio de licitación de las posteriores puesto que este se fija teniendo en cuenta los precios habituales del mercado. Así lo razona la CNC en el fundamento de derecho séptimo al referirse a los efectos (folio 121). "*sus efectos nocivos no se quedan en la afectación al presupuesto público a través de esas 14 licitaciones. Primero, porque existe el riesgo de que el mecanismo afecte a otras. y segundo, porque la distorsión de las bajas contribuye a falsear los precios del mercado. No hay que olvidar que de acuerdo con la LCSP los órganos de contratación deben tratar de que los precios se ajusten a los que dicta el mercado. Así, el artículo 76.2 dispone sobre el cálculo del valor estimado de los contratos:*

La estimación deberá hacerse teniendo en cuenta los precios habituales en el mercado, y estar referida al momento del envío del anuncio de licitación o, en caso de que no se requiera un anuncio de este tipo, al momento en que el órgano de contratación inicie el procedimiento de adjudicación del contrato... (folio 151 de la resolución recurrida", criterio que compartimos.

En cuanto a la conexión entre todas las licitaciones investigadas, la CNC expone por qué ha concluido que nos hallamos ante una estrategia global, en términos que compartimos, argumento que igualmente da respuesta a la alegación de la actora sobre la indeterminación y falta de motivación en relación con la duración de la infracción:

"Resulta absurdo considerar que la infracción cesa con la presentación de la oferta o incluso con la adjudicación de la licitación cuando se ha podido comprobar que los pagos de las compensaciones seguían operando a posteriori. Por otro lado, tras la adjudicación todavía ha de ejecutarse la obra licitada y el impacto sobre el presupuesto público de las bajas distorsionadas no se ha producido.

Pero es que, además, los acuerdos sancionados operan como un continuo. Como ya se ha expuesto, estos acuerdos constituyen un mecanismo que permite alterar el importe de las bajas de las licitaciones en beneficio de las empresas. Dado el carácter de juego repetido que tienen estas licitaciones de rehabilitación de carreteras, el mecanismo puede operar con cierta estabilidad. Ello se deduce de los hechos probados, donde se comprueba cómo operó en licitaciones convocadas en diferentes momentos temporales y adjudicadas a lo largo de 2008 y 2009, periodo en el que se sitúa la infracción.

Todo ello sin perjuicio de que, como luego veremos, a cada empresa deba atribuírsele una duración específica a efectos de la imputación de volumen de ventas afectado para el cálculo del importe básico de la sanción. "

Continuando con los motivos de impugnación alegados, se señala por la actora que es igualmente arbitraria la fijación de los coeficientes por el número de licitaciones en las que cada empresa imputada participó.

La infracción imputada es un único cartel y en este cartel hay empresas que han participado en más licitaciones otras que han participado en menos, algunas han sido adjudicatarias y otras no lo han sido, pero el mecanismo solo tenía sentido y alcanzaba la finalidad buscada si todas las empresas que licitaban participaban en el mecanismo ideado para obtener un rendimiento ilícito a costa del erario público. Como indica la resolución

recurrida al tomar el volumen de negocios de las empresas en las licitaciones de rehabilitación de carreteras se tiene en cuenta el peso en el mercado afectado de las diferentes empresas responsables pero al mismo tiempo el porcentaje a aplicar al volumen de negocios afectado para el cálculo de la sanción se eleva en función del mismo número de licitaciones en que la colusión está acreditada y la empresa ha participado. De esta manera, la conjunción de los criterios "volumen de negocio afectado" y "grado de implicación en la infracción" contribuyen a garantizar la proporcionalidad de la sanción sobre bases objetivas. La Sala considera que los porcentajes establecidos guardan relación con las circunstancias del caso al que se aplican, máxime cuando la proporcionalidad no equivale al puro cálculo matemático en este caso precisamente por las razones expuestas: todas las piezas del diseño organizado por las empresas cartelizadas son relevantes, no solo las empresas que resultan adjudicatarias, sin que se aprecie que el 5% es más "severo" que el 8% como resulta de los cálculos que se recogen en la demanda, y siendo conforme a derecho el establecimiento de una porcentaje si este no rebasa los límites que la LDC establece para las sanciones a imponer por la comisión de infracciones muy graves. Las conductas identificadas son constitutivas de infracción muy grave tipificada en el artículo 62.4.a) de la LDC . De acuerdo con el artículo 63.1.c) las infracciones muy graves pueden ser sancionadas con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

El artículo 64 establece que el importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios: **a)** La dimensión y características del mercado afectado por la infracción; **b)** La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; **c)** El alcance de la infracción; **d)** La duración de la infracción; **e)** El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; **f)** Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; **g)** Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas responsables.

En la Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1 , 2 y 3 de la Ley 15/2007 se indica que " *El importe básico de la sanción vendrá determinado por la aplicación de los criterios señalados en las letras a) a e) del artículo 64.1 de la LDC teniendo en cuenta, por tanto, la dimensión y características del mercado afectado, la cuota de mercado del infractor, el alcance de la infracción, su duración y sus efectos. Este importe básico se calculará como una proporción del volumen de ventas afectado por la infracción.*

Volumen de ventas afectado

El volumen de ventas afectado por la infracción será la suma ponderada de las ventas obtenidas por el infractor en los mercados de producto o servicio y geográficos donde la infracción haya producido o sea susceptible de producir efectos, durante el tiempo que la infracción haya tenido lugar ..."

En el escrito de demanda se alega que ha habido un error en la consideración del volumen de negocios afectado por la infracción, pues si bien en un primer momento la empresa, ante primer requerimiento de la DI sobre la cifra de negocios obtenida en obras de construcción, conservación mejora refuerzo renovación rehabilitación de firmes y plataformas durante los ejercicios 2008 y 2009 entregó las cifras de 6.118.152,52 y 5.249.867,94 euros respectivamente, más tarde señaló en respuesta al segundo requerimiento de información, que excluidas las obras de construcción de firmes y plataformas, las cifras eran otras, pues de las citadas cantidades debieron deducirse 2.699.168,84 y 4.597.954,59 euros respectivamente, que son las que se corresponden con la facturación de la recurrente en los ejercicios mencionados, en concepto de construcción de firmes y plataformas.

En el acto administrativo impugnado se señala que " *Se ha tomado en consideración por la CNC el volumen de negocios de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas (carreteras, autovías, etc.) en 2008 y 2009 que cada empresa ha aportado en respuesta al requerimiento de información de la Dirección de Investigación de 21 de septiembre de 2010 y, en su caso, al requerimiento realizado por el Consejo de a CNC mediante Acuerdo de 19 de julio de 2011. La información inicialmente aportada a la Dirección de Investigación se ha minorado en el importe de las obras de construcción en aquellos casos que se ha justificado por la empresa convenientemente que el volumen de negocios en su día remitido incluía tales cifras. De forma similar se ha hecho cuando se ha constatado que se incluían cifras de contratos de servicios de conservación .*

No se ha procedido a ninguna minoración cuando las partes han presentado desgloses no justificados, ajenos a la construcción o cuando han presentado desgloses del presupuesto de una misma obra de rehabilitación para minorar su volumen de negocios. El mecanismos de colusión afectaba a la totalidad de la obra de rehabilitación licitada y tal es la base que debe de tomarse.

Para el cálculo del volumen de ventas afectado y a la vista de las fechas de convocatoria y adjudicación de las licitaciones para las que la colusión se ha acreditado, se toma en cuenta el volumen de negocios de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de carreteras de la siguiente forma :"



Para dar respuesta a las concretas alegaciones de la recurrente, debe decirse que la resolución recurrida, si bien es cierto que emplea una fórmula amplia de motivación que se refiere a varios supuestos, no resulta difícil, tras el examen del expediente, encajar la realidad de los hechos que la conciernen en el razonamiento ofrecido por la resolución objeto de recurso. En primer lugar, de acuerdo con la afirmación de la defensa del Estado, debemos concluir que la recurrente, por lo que se refiere a su respuesta al segundo requerimiento de información, se limita a señalar que las obras referidas deben ser calificadas como de construcción, sin aporte probatorio alguno y sin que en fase de instrucción y tramitación del expediente, incluidas sus alegaciones a la propuesta de resolución, hiciera mención a esta circunstancia.

El informe pericial aportado con el escrito de demanda, se centra en el informe emitido por el perito que expresa su particular parecer sobre la cuestión, sobre elementos contables a los que afirma haber tenido acceso pero que no se aportan, y que reflejan, según sus propias manifestaciones, pues no se acompaña documento de prueba confirmatorio alguno, que la recurrente realizó determinadas obras de construcción en los períodos de referencia, lo que resulta particularmente llamativo cuando no figura en el objeto social de la recurrente este tipo de actividad.

El valor de la prueba pericial está en la capacidad de los razonamientos y datos técnicos aportados por el perito para convencer al Tribunal y la falta de tal fuerza de convicción sólo tiene como consecuencia que el Tribunal estime no acreditado el extremo o extremos que se pretendían probar con el medio de prueba en cuestión. En el presente caso el informe, por la ausencia de elementos que permitan la comprobación de los elementos tomadas en consideración para alcanzar la conclusión expuesta, tal y como se ha indicado más arriba, no resulta suficiente ni convincente a los efectos pretendidos.

Por lo tanto, y en conclusión, la cifra considerada por la CNC es conforme a derecho, como lo son los coeficientes aplicados.

De cuanto queda expuesto resulta que en contra de lo afirmado por la recurrente (conclusiones recogidas en el folio 87 del escrito de demanda):

- La CNC ha tomado en cuenta las cifras correctamente.
- La actora ha tenido la posibilidad de justificar la invalidez de las cifras en su día aportadas pero no lo ha hecho
- La CNC ha justificado las razones por las que no tomó en cuenta las nuevas cifras aportadas por la recurrente en el escrito de 3 de enero de 2011.

Finalmente, y en relación con la consideración únicamente de las licitaciones restringidas, debe estarse a lo señalado anteriormente en esta sentencia.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso y la confirmación del acto administrativo en el extremo relativo a la empresa actora.

SEPTIMO - 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 después de la entrada en vigor de dicha reforma condenar al pago de las costas a la actora que ha visto rechazado íntegramente su recurso contencioso-administrativo.

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

FALLO

Desestimamos el recurso interpuesto y en consecuencia confirmamos el acto impugnado. Se imponen las costas a la parte recurrente. 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 cabe recurso de casación ordinario ante la Sala III del Tribunal



Supremo, que podrá preparar ante este mismo Tribunal en los diez días siguientes a la notificación de la Sentencia.

PUBLICACIÓN.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ