Roj: **SAN 3207/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:3207**

Id Cendoj: **28079230062016100302**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **6**
Fecha: **21/07/2016**
Nº de Recurso: **157/2013**
Nº de Resolución: **326/2016**
Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**
Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3207/2016,**
STS 3746/2018

FONDO DOCUMENTAL

A U D I E N C I A N A C I O N A L

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: **0000157 / 2013**

Tipo de Recurso: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Núm. Registro General: **01723/2013**

Demandante: **SIECSA CONSTRUCCION DE SERVICIOS Y OBRAS, S.A.**

Procurador: **DÑA. ISABEL CAMPILLO**

Demandado: **COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA**

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: **Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA**

S E N T E N C I A Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

Dª. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiuno de julio de dos mil dieciséis.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **157/2013**, promovido por la Procuradora de los Tribunales Dña. Isabel Campillo, en nombre y en representación de la mercantil "SIECSA CONSTRUCCION DE SERVICIOS Y OBRAS, S.A.", contra la Resolución dictada en fecha 8 de marzo de 2013 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente sancionador nº S/0329/11, Asfaltos de Cantabria, resolución que agota la vía administrativa. Ha sido parte en autos la Administración demandada representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala que se dictase sentencia por la que, estimando el presente recurso:

"Con carácter principal,

- Declare la disconformidad a derecho y, en consecuencia, anule íntegramente la resolución del Consejo de la CNC de 8 de marzo de 2013, recaída en el expediente S/0329/11, Asfaltos de Cantabria, dejándola sin efecto, en atención a que las conductas de acompañamiento sancionadas en la resolución no forman parte de una única infracción continuada junto con los acuerdos del G5, según lo expuesto en el Fundamento de Derecho Primero.

- Declare la disconformidad a Derecho y, en consecuencia, anule íntegramente la resolución del Consejo de la CNC de 8 de marzo de 2013, recaída en el expediente S/0329/11, Asfaltos de Cantabria, dejándola sin efecto, en atención a que las practicas de acompañamiento, individualmente consideradas, no constituyen una infracción del articulo 1 LDC y por tanto no merecen ser sancionadas, según lo expuesto en el Fundamento de Derecho Segundo.

Subsidiariamente a todo lo anterior,

(a) Declare la disconformidad a Derecho y, en consecuencia, anule el Resuelve Tercero de la Resolución del Consejo de la CNC de 8 de marzo de 2013, recaída en el Expediente S/0329/11, Asfaltos de Cantabria, en la parte que impone la sanción a SIECSA, dejándola sin efecto en atención al principio de confianza legitima, de acuerdo con lo argumentado en el Fundamento de Derecho Tercero.

(b) Alternativamente a lo anterior, declare la disconformidad a derecho y, en consecuencia, anule el Resuelve Tercero de la resolución del Consejo de la CNC de 8 de marzo de 2013, recaída en el expediente S/0329/11, Asfaltos de Cantabria, en la parte que impone la sanción a SIECSA, dejándola sin efecto en consideración de la ausencia del elemento subjetivo de la infracción exigido por el articulo 63.1 LDC , de conformidad con lo expuesto en el Fundamento de Derecho Cuarto.

Subsidiariamente a todo lo anterior,

- Declare la disconformidad a derecho de la Resolución y, en consecuencia, anule en parte el Resuelve Tercero de la Resolución del Consejo de la CNC de 8 de marzo de 2013, recaída en el expediente S/0329/11, Asfaltos de Cantabria, dejando sin efecto la sanción impuesta a mi representada o, en su caso, se modifique reduciendo el importe de la sanción impuesta a SIECSA, teniendo en cuenta la vulneración del articulo 64 LDC y el principio de proporcionalidad por los motivos recogidos en el Fundamento de Derecho Quinto.

- Declare la disconformidad a derecho y, en consecuencia, anule en parte el Resuelve Tercero de la Resolución del Consejo de la CNC de 8 de marzo de 2013, recaída en el expediente S/0329/11, Asfaltos de Cantabria, dejando sin efecto la sanción impuesta a mi representada o, en su caso, se modifique reduciendo el importe de la sanción impuesta a SIECSA, teniendo en cuenta la vulneración del limite máximo del 10% de conformidad con el articulo 63 LDC , por los motivos recogidos en el Fundamento de Derecho Sexto.

- Declare la disconformidad a derecho y, en consecuencia, anule en parte el Resuelve Tercero de la Resolución del Consejo de la CNC de 8 de marzo de 2013, recaída en el expediente S/0329/11, Asfaltos de Cantabria, dejando sin efecto la sanción impuesta a mi representada o, en su caso, se modifique reduciendo el importe de la sanción impuesta a SIECSA, teniendo en cuenta la vulneración del principio de igualdad ante la ley derivada de la aplicación a ASCAN de criterios mas beneficiosos en la determinación de la sanción, conforme lo señalado en el Fundamento Séptimo.

- Declare la disconformidad a derecho y, en consecuencia, anule en parte el Resuelve Tercero de la Resolución del Consejo de la CNC de 8 de marzo de 2013, recaída en el expediente S/0329/11, Asfaltos de Cantabria, dejando sin efecto la sanción impuesta a mi representada o, en su caso, se modifique reduciendo el importe de la sanción impuesta a SIECSA, teniendo en cuenta la vulneración del articulo 64.3 al no haber apreciado la concurrencia de una circunstancia atenuante de su responsabilidad derivada de la concurrencia de confianza legitima en el sentido expuesto en el Fundamento de Derecho Tercero.

- Declare la disconformidad a derecho y, en consecuencia, anule en parte el Resuelve Tercero de la Resolución del Consejo de la CNC de 8 de marzo de 2013, recaída en el expediente S/0329/11, Asfaltos de Cantabria, dejando sin efecto la sanción impuesta a mi representada o, en su caso, se modifique reduciendo el importe de la sanción impuesta a SIECSA, teniendo en cuenta la vulneración del articulo 64.3 al no haber apreciado la concurrencia de una circunstancia atenuante de su responsabilidad derivada de la ausencia de elemento subjetivo de acuerdo con lo expuesto en el Fundamento de Derecho Cuarto.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

- Declare la disconformidad a derecho y, en consecuencia, anule en parte el Resuelve Tercero de la Resolución del Consejo de la CNC de 8 de marzo de 2013, recaída en el expediente S/0329/11, Asfaltos de Cantabria, dejando sin efecto la sanción impuesta a mi representada o, en su caso, se modifique reduciendo el importe de la sanción impuesta a SIECSA, teniendo en cuenta la vulneración del articulo 64.3 al no haber apreciado la concurrencia de una circunstancia atenuante de su responsabilidad derivada de la cooperación de SIECSA durante el procedimiento en el sentido de lo expuesto en el Fundamento de Derecho Octavo".

SEGUNDO .- El Abogado del Estado contesta a la demanda mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto.

TERCERO.- Una vez practicadas las pruebas admitidas a trámite se dio traslado a las partes para que presentaran escritos de conclusiones y aportados quedaron los autos pendientes para votación y fallo.

CUARTO. - La parte actora, con posterioridad a la providencia señalando para votación y fallo, presentó escrito por el que puso de manifiesto una alegación no planteada con anterioridad como fue la caducidad del expediente sancionador, en este caso, apoyándose en la interpretación dada por varias sentencias dictadas por esta misma Sección a la vista de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 15 de junio de 2015 . Alegación que no se analizará en esta sentencia por ser la caducidad una cuestión nueva no planteada por la recurrente en su escrito de demanda.

QUINTO.- Para votación y fallo del presente proceso se señaló la audiencia el día 9 de marzo de 2016.

SEXTO. - En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dña. BERTA SANTILLAN PEDROSA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo se impugna la Resolución dictada en fecha 8 de marzo de 2013 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente sancionador nº S/0329/11, Asfaltos de Cantabria, resolución que agota la vía administrativa.

Dicha resolución acuerda:

"PRIMERO.- Declarar que en este expediente se ha acreditado una infracción del articulo 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: ....SIECSA, Construcción y Servicios, S.A. (SIEC) ...

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

.....

SIEC CONSTRUCCION Y SERVICIOS, S.A., 3.827.310 euros de la que es responsable solidaria su matriz GRUPO SIECSA, S.L. por un importe de hasta 3.516.000 euros".

Concretamente, la resolución impugnada considera que las entidades sancionadas formaron parte de un cártel en el sector del asfalto en el que, según se declara probado en la resolución impugnada, un grupo de cinco grandes empresas (entre sí se llamaban G-5), entre las que no figuraba la recurrente, acordó acudir a ofertas públicas y privadas, celebradas en la Comunidad Autónoma de Cantabria, destinadas a la realización del asfaltado de obras de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación y construcción de carreteras y autovías. La concertación afectaba al reparto de clientes y a las bajas a realizar en las distintas licitaciones, con el propósito de obtener las respectivas adjudicaciones al mayor precio posible, evitando la competencia entre ellas. Esta actividad se complementaba con los llamados acuerdos de acompañamiento, actividad en la que participaba la recurrente, consistente en la proposición que las empresas del G-5 realizaban a otras empresas menores para que las ayudaran en los trabajo de realización de las obras adjudicadas. Y que en el caso de la recurrente estas prácticas de acompañamiento se llevaron a cabo desde el mes de marzo de 1998 hasta el mes de abril de 2011. Actuaciones anticompetitivas que se prohíben en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y que la CNC concreta en dicha resolución declarando que once empresas son responsables de un infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia consistente en "la coordinación de sus comportamientos competitivos para repartirse durante un largo período de tiempo, desde 1998 hasta 2011, la realización de obras de asfaltado de obras de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas, tanto públicas como privadas, en el ámbito geográfico de la Comunidad Autónoma de Cantabria".

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

SEGUNDO.- En el escrito de demanda presentado por la mercantil recurrente se solicita la nulidad de la resolución administrativa impugnada porque considera que es contraria a derecho. Y ello en virtud de las siguientes consideraciones.

1.- Afirma que no hay nada que indique una relación de complementariedad entre las prácticas de acompañamiento y los acuerdos del G5 y ello impide calificar la conducta del recurrente como una infracción única y continuada. Insiste en que ambas conductas tuvieron objetivos diversos y no formaban parte de un plan conjunto.

2.- Afirma que las prácticas de acompañamiento no constituyen una infracción del artículo 1 de la LDC porque no tienen un objeto restrictivo de la competencia.

3.- Niega que las practicas de acompañamiento sean el producto de un acuerdo, sino más bien el seguimiento de las instrucciones emanadas de la Administración para facilitar la ejecución de las obras. Destaca que, en los contratos de obras menores, era la Administración, la que requería del potencial adjudicatario para que le sustituyese en la labor de recabar tres ofertas, aunque esto no lo exigiera la ley y que era la Administración la que fijaba los precios máximos de adjudicación y procedía a la misma. En este tipo de contratación afirma que la Administración hubiera podido adjudicar directamente los contratos sin pedir antes tres ofertas, por lo que carece de sentido ver un acuerdo de los contratistas para fijar precios. En los contratos adjudicados siguiendo el procedimiento negociado sin publicidad, la Administración fijaba como criterio único de selección el relativo al precio de la obra, renunciando a otros parámetros. La Administración requería al contratista con el que había entrado en contacto, para que presentaran ofertas alternativas, teniendo en cuenta los presupuestos máximos fijados por la Administración. Y en los procedimientos negociados con publicidad, el sistema seguido es idéntico al anteriormente descrito. De forma expresa cuestiona las pruebas en las que se basa la CNC para imponer la sanción, las impugna expresamente por desconocer su origen, e insiste en que el pretendido reparto y la fijación de precios, muy ajustados, lo hacía la Administración, que propiciaba una situación anticompetitiva al fijar únicamente el precio como factor determinante para la adjudicación del contrato.

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

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

6. Sobre el cálculo de la multa: sostiene que la multa debe, en su caso, calcularse sobre las licitaciones obtenidas y no sobre el volumen total de la obra pública ejecutada.

TERCERO . **-** Por el contrario, el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda solicita que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto y que, en consecuencia, se confirme la sanción impuesta a la mercantil recurrente. Y rechaza todas y cada una de las alegaciones en que la mercantil recurrente justificaba su defensa.

CUARTO.- Centrado el objeto de debate son muchas las razones que esgrime la mercantil recurrente para obtener o bien la nulidad de la sanción o, en su caso, la reducción de la cuantía de la multa impuesta.

Previamente a la consideración de las concretas alegaciones contenidas en la demanda, se constata que esta misma Sección ha tenido ya ocasión de examinar varios de los recursos interpuestos por algunas de las empresas participantes en el acuerdo colusorio en cuestión y se ha llegado a la conclusión de que ha quedado acreditado en el expediente la comisión de la infracción tanto por parte de las empresas que se denominan a sí mismas G-5, que se pusieron de acuerdo para acudir a las ofertas para ejecutar una serie de obras en Cantabria, tanto obras públicas como privadas, como por parte de las otras empresas de la zona que realizaban prácticas de acompañamiento y que se apoyaban mutuamente en la presentación de ofertas para los contratos públicos de los denominados negociados o menores en la Comunidad Autónoma de Cantabria.

De tal manera que por razones de seguridad jurídica y de unidad de doctrina para resolver este proceso nos remitiremos a lo que esta misma Sección ya ha declarado en las sentencias dictadas en fechas 24 de junio , 1 de julio , 7 de julio y 15 de julio de 2014 dictadas en los recursos contenciosos administrativos nº 158/2013 , 197/2013 , 146/2013 y 198/2013 , respectivamente. Sentencias que acuerdan la estimación parcial del recurso interpuesto anulando exclusivamente la cuantía de la multa impuesta por entender que era desproporcionada. En dichas sentencias hemos contrastado, pues, las evidencias que derivan del expediente tanto sobre los

acuerdos entre los miembros del G-5 como las relacionados con los acuerdos para acompañamiento en las licitaciones de los contratos públicos negociados o menores y hemos entendido que las actuaciones anteriores son prácticas concertadas constitutivas de cártel, cuya dinámica resulta acreditada por los elementos de prueba que se detallan en la resolución impugnada (tablas resumen elaboradas por las empresas, plantillas o modelos en blanco elaborados por las empresas con el fin de realizar la petición de acompañamientos y ofertas, comunicaciones entre las mismas...). A todo el acervo probatorio de tipo documental que se describe en la propia resolución se añade todo el aportado con la denuncia inicial, amén de las confesiones de algunas de las empresas participantes en el cártel.

QUINTO.- Analizando, no obstante, ya cada una de las alegaciones concretas realizadas por la recurrente, se destaca que esta misma Sección si ha apreciado la existencia de una infracción única y continuada con ocasión del análisis de la participación de otras de las empresas sancionadas en los recursos contenciosos administrativos antes referidos. Y expresamente se rechazó la propuesta de algunas de las empresas sancionadas en el mismo expediente que pretendían calificar las prácticas de acompañamiento como contratos bilaterales adoptados ad hoc entre acompañado y acompañante y que no restringirían la competencia, ni por su objeto ni por sus efectos y, por tanto, no podía compararse con un cártel negando que tuvieran el carácter de complementariedad con el G-5.

Frente a dichos argumentos, esta Sección entendió en las sentencias antes señaladas que el análisis sobre la competencia en el mercado analizado de las licitaciones de obras de conservación, mejora, rehabilitación de firmes de calles, carreteras, vías, etc., había sido correctamente tratado en la Resolución impugnada y se consideró, además, frente a lo alegado por la actora, que ambas conductas tenían la misma finalidad que fue distorsionar la competencia en dicho mercado, consiguiendo mantener unos precios más elevados que los competitivos, en particular en el ámbito del sector público, con menor capacidad de ajustar precios.

Y así también lo hemos entendido en otras sentencias en relación con la imputación de infracción única respecto a los acuerdos sobre licitaciones sancionados en el expediente "Licitaciones de carreteras" (por todas, SAN de 28 de noviembre de 2012).

SEXTO. - 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 . Dice que las ofertas de acompañamientos son una práctica habitual en las licitaciones de procedimiento negociado y que la práctica está amparada por la Ley de Contratos del Sector Público y por la propia actuación de la Administración.

Sobre este punto, también se ha pronunciado esta Sección en las sentencias ya dictadas en relación con los recursos interpuestos por otras empresas sancionadas en el mismo expediente sancionador que el ahora analizado. Y en las indicadas sentencias antes aludidas ya rechazábamos la aplicación del principio de confianza legítima.

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

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

En estas circunstancias no cabe tener por vulnerado el principio de confianza legítima invocado por la recurrente, pues en ningún caso se ha acreditado una intervención de la Administración en los términos descritos en la demanda. Y en este sentido nos remitimos a lo declarado por esta Sección en la sentencia dictada en fecha 30 de diciembre de 2013, recurso nº 196/2012 , en la que decíamos:

"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 ultima 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.

Tampoco la actuación de la autoridad administrativa a la que se encomienda la defensa de la competencia ha realizado actuaciones que pudieran crear en las empresas que su actuación no era contraria a la competencia. En relación al transporte marítimo entre la Península y las Islas y Ceuta y Melilla, la Comisión Nacional de la Competencia y anteriormente el Tribunal de Defensa de la Competencia ha dictado varias resoluciones. Las resoluciones del TDC en esta materia han sido claras: han sancionado a las empresas navieras por distintos acuerdos de intercambio de billetes y fijación de precios y solo ha concedido dos autorizaciones singulares (1991 y 2006): En 1991 el TDC por resolución de 11 de diciembre de 1991 autorizó el acuerdo para la regulación del servicio marítimo de la línea Algeciras-Ceuta-Algeciras entre Transmediterránea y ISNASA, exigió dar publicidad a los acuerdos, celebrar consultas con los usuarios, y no explotar abusivamente la situación de dependencia creada y en la que se señaló " si el acuerdo no funciona, se produce un exceso de capacidad de transporte, claramente antieconómico que podría terminar en una falta de cobertura del servicio que afectaría gravemente al normal desarrollo social y económico de la zona" . En 2006 autorizó el acuerdo interlínea entre Algeciras y Ceuta expediente A-354/05 por un periodo de 3 años con carácter renovable entendiendo que existía una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989 si bien podía aplicarse la exención prevista en el artículo 3.1 siempre que las navieras se comprometieran a cumplir determinados compromisos que fueron aceptados tras diversas modificaciones y en concreto se exigió desarrollar políticas comerciales diferentes que dificulten un efectivo reparto de cuota a partir de un precio básico de intercambio de billetes. En cambio denegó conceder la autorización singular solicitada en relación con el expediente 543/02 Transmediterránea /Euroferrys/ Buquebus en el que declaró responsables a dichas empresas de haber concertado los precios del servicio de transporte marítimo de pasajeros y vehículos en la línea Algeciras-Ceuta-Algeciras durante determinados periodos de tiempo. El TDC manifestó que el sistema no estaría sometido a competencia alguna, puesto que no existen otras navieras fuera de el, se podría producir un ahorro de costes, pero no aparece en la solicitud una clara repercusión en los usuarios, no se encuentra justificada la extensión de la aceptación de billetes fuera de los meses en que se desarrolla. Esta resolución fue declarada conforme a derecho por sentencia de esta sección de 7 de abril de 2006 y confirmada por sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2009 .

Tras la entrada en vigor de la Ley 15/2007 la CNC ha continuado investigando estas prácticas restrictivas: expediente S/0080/08 y S/0241/10 en relación con el transporte marítimo de pasajeros en la línea Algeciras-Ceuta, el primero referido a operaciones de paso del Estrecho (OPE) y el segundo en periodos no afectado por la

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

OPE y el expediente S/0244/10 en relación con el transporte marítimo con Baleares que es el que examinamos en este recurso. Solo en relación con el transporte que une la Península con el norte de África se ha fijado unas obligaciones de intercambio y una tarifa de intercambio común con el fin de evitar problemas derivados de la concentración de pasajeros en determinados periodos del año y facilitar la intercambiabilidad de billetes. Estos tipos de acuerdos se consideran que incumplen el artículo 1 de la LDC pero se entiende que pueden quedar exentos si se cumplen los requisitos del artículo 1.3 de la LDC 1/2007. En este sentido el artículo 260.2 del Real Decreto Legislativo 2/2011 de 5 de septiembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante exime las obligaciones de intercambio en el transporte entre la Península y el Norte de África bajo determinadas circunstancias, pero no respecto al transporte a las Baleares o como en este caso entre dos islas Ibiza y Formentera. Y así señala: "En particular, la Administración marítima podrá obligar a las empresas navieras que realicen tráficos marítimos a la intercambiabilidad de billetes y sujeción a horarios establecidos. El cumplimiento de estas obligaciones por parte de las empresas navieras, incluyendo la fijación de una tarifa de intercambio común aplicable a los servicios de transporte que recíprocamente se presten por razón de la intercambiabilidad de billetes, tendrá la consideración de conducta exenta por ley a los efectos previstos en el apartado 1 del artículo 4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , únicamente en lo que respecta a las líneas que unen puertos españoles con las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla o con puertos de Marruecos o de Argelia y durante los días de la Operación Paso del Estrecho y otros períodos justificados en los que concurran circunstancias similares de intensidad del tráfico marítimo o causas graves de utilidad pública o interés social, en los que la Administración Marítima active el intercambio." Esta exención no se ha establecido en relación al transporte en Baleares, entre Ibiza y Formentera.

Respecto al transporte a las Islas Baleares se ha dictado la Ley 11/2010 de 2 de noviembre de ordenación del transporte marítimo de las Illes Balears. Ciertamente en su disposición transitoria tercera se establece una frecuencia mínima de 10 salidas diarias entre Formentera e Ibiza. Ahora bien dicha ley no establece ningún tipo de exención, ni autoriza a un reparto de horarios entre las empresas que realizan el transporte marítimo sino que específicamente el artículo 16.3 establece que "la imposición de obligaciones de servicio público debe realizarse de un modo objetivo, transparente, no discriminatorio con el fin de garantizar que el servicio se presta en condiciones de libre y leal competencia...".

Por otra parte como se señala en las conclusiones la abogado general en el caso anteriormente citado C-681/11 presentadas el 28 de febrero de 2013 (70) "toda empresa debe saber que ciertas prácticas restrictivas de la competencia están de por sí prohibidas por su propia naturaleza, y especialmente que nadie debe participar en las restricciones especialmente graves, como por ejemplo los pactos sobre precios o las medidas de reparto o compartimentación de los mercados. Además, a las empresas grandes y experimentadas se les puede exigir que tengan conocimiento de las correspondientes argumentaciones de la Comisión Europea en sus comunicaciones y directrices en materia de competencia". (Véanse, en este sentido, las sentencias Miller, citada en la nota 17, apartados 18 y 19; de 11 de julio de 1989, Belasco y otros/Comisión (246/86, Rec. p.2117), apartado 41 , y de 8 de febrero de 1990, Tipp-Ex/Comisión (C-279/87 , Rec. p.I-261), punto 2 del fallo; véase también la sentencia del Tribunal General de 14 de diciembre de 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich y otros/Comisión (T-259/02 a T- 264/02 y T-271/02 , Rec. p.II-5169), apartado 205).

En este contexto no se puede considerar que se ha vulnerado el principio de confianza legítima".

Tampoco ahora, este motivo debe ser estimado, toda vez que no existe constancia suficiente de que las Administraciones convocantes de dichos concursos hayan actuado en la forma indicada por la recurrente y respecto a la actuación de la respectiva Administración convocante, en el sentido de que cualquiera de ellas eran conocedoras e incluso incentivadoras de las actuaciones de acompañamiento, nada ha probado la actora que permita aceptar su tesis, más aún teniendo en cuenta el resultado de la serie de pruebas practicadas en vía administrativa, solicitándose a las Administraciones Públicas información sobre determinadas licitaciones y en cuyas respuestas no se ha aprecia signo alguno que avale la tesis patrocinada por la actora.

SÉPTIMO. - 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 la inspección realizada a la mercantil SENOR (Tablas Excel) así como con el correo electrónico que figura en el folio 2230 de fecha 13 de abril de 2.010, por el que se acredita que SIEC ha utilizado a otras empresas del cartel para que le prepararan ofertas de acompañamiento, con precios superiores a los que ella quería ofertar, para resultar adjudicataria de las licitaciones y que, además, ella era también en algunas ocasiones quien preparaba ofertas acompañando a otros, especialmente a SENOR, desde el año 1998 al año 2011 (folios 2371, 2374 a 2443 y 2580).

La actividad de la recurrente por la que ha sido sancionada ha resultado debidamente acreditada por la CNC, pues la documentación incautada en el registro domiciliario efectuada el 6 de abril de 2011 en la sede de la empresa Senor (perteneciente al G-5), a la que se hace mención en la página 80 de la resolución recurrida,

con remisión a los apartados 63 y 64 de la declaración de hechos probados de la resolución recurrida, ponen de manifiesto que la recurrente ha realizado ofertas para participar como empresa de acompañamiento en licitaciones de empresas del G-5, en concreto Senor. La documentación incautada se refiere a un mensaje de la recurrente a Senor en el que de forma evidente se hace mención a la concertación para desvirtuar la libre competencia ("necesito que preparéis la documentación... pero no lo hagas muy bien, no vaya a ser que os den la obra a vosotros", con indicaciones sobre la necesidad de coordinarse sobre los precios ofertados), sin que la recurrente haya desvirtuado la realidad de esta comunicación. La argumentación de la recurrente se centra en impugnar de forma global la documentación incautada, pero no tacha de falsedad o imputa irregularidad alguna al documento al que se ha hecho referencia, elaborado por la propia recurrente, ya que se limita a negar que participara en la confección de las tablas o notas que fueron incautadas a las empresas del G-5. La realidad de dicho documento confiere valor probatorio indubitado a toda la documentación incautada referida a la recurrente, pues es plenamente coherente con el mismo y con el hecho de que la recurrente participara de forma asidua en las licitaciones durante el período imputado.

Existen, por tanto, indicios suficientes de la comisión de la infracción y participación de la recurrente, cobrando entonces relevancia, los documentos 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.

OCTAVO.- Finalmente la recurrente refiere que la sanción de multa es desproporcionada en cuanto a su cuantía.

En este caso la sanción se ha impuesto con arreglo a los criterios fijados en la "Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1 , 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea" (BOE de 11 de febrero de 2009). Y por ese único motivo, esta Sección estima y acepta la afirmación de la recurrente de que la cuantía de la multa impuesta debe anularse porque no respeta el principio de proporcionalidad como así se ha declarado por el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013), criterios jurídicos que se han mantenido posteriormente en numerosas sentencias, y entre ellas la dictada en fecha 30 de noviembre de 2005 en el recurso de casacion nº 3668/2014 interpuesto por el Abogado del Estado frente a la sentencia dictada por esta misma Sección en el recurso contencioso administrativo nº 197/2013 , antes referido. Y ello nos llevan a la estimación del recurso contencioso administrativo pero exclusivamente en este punto y se ordena a la Comisión Nacional de la Competencia a que proceda a cuantificar de nuevo la multa de acuerdo con la interpretación que de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 se hace por el Tribunal Supremo en esa sentencia.

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.

NOVENO.- 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.

FALLAMOS

QUE DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo núm. **157/2013**, promovido por la Procuradora de los Tribunales Dña. Isabel Campillo, en nombre y en representación de la mercantil "SIECSA CONSTRUCCION DE SERVICIOS Y OBRAS, S.A.", contra la Resolución dictada en fecha 8 de marzo de 2013 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente sancionador nº S/0329/11, Asfaltos de Cantabria, resolución que agota la vía administrativa, y, en consecuencia, se anula por ser contraria al ordenamiento jurídico pero en el único y exclusivo aspecto relativo a la cuantía de la multa impuesta que se deja sin efecto por entenderse que ha sido desproporcionada y se ordena a la CNC que fije de nuevo la cuantía de la multa con arreglo a la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en la sentencia referida en el fundamento de derecho octavo de esta sentencia.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación ordinario, por lo que no resulta firme, pudiéndose preparar recurso de casación en el plazo de diez días siguientes al de su notificación, 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 .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su **no** tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 29/07/2016 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ