

Id. Cendoj: 28079230062013100058
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 22/01/2013
Nº de Recurso: 697/2011
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MARIA ASUNCION SALVO TAMBO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

EXPEDIENTE SANCIONADOR POR INCUMPLIMIENTO DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a veintidos de enero de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Sexta de la **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional y bajo el número 697/2011 se tramita a instancia de **GEVORA CONSTRUCCIONES, S.A.** entidad representada por el Procurador D. Germán Marina Grimau, contra Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 19 de octubre de 2011, sobre **Defensa de la Competencia**; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 20 de diciembre de 2011, este recurso; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

*" **SUPLICO A LA SALA** Que, teniendo por presentado este escrito junto con los documentos que se acompañan, se sirva admitirlo y tenga por formalizada en tiempo y forma **DEMANDA** en el recurso contencioso-administrativo de referencia interpuesto contra la Resolución dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de octubre de 2011, recaída en el expediente S/0226/10, LICITACIONES DE CARRETERAS, y, previos los trámites oportunos, dicte sentencia por la que estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esta representación, determinando*

la nulidad de pleno derecho del referido acto.

Subsidiariamente , dicte sentencia por la que estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esta representación, reduciendo el importe de la sanción de acuerdo con los fundamentos jurídicos expuestos."

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: *"dicte desestimatoria, con expresa condena en costas a la recurrente."*

3. Acordando el recibimiento a prueba habiéndose practicado la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones; finalmente, mediante providencia de fecha 8 de enero de 2013 se señaló para votación y fallo el día 15 de enero de 2013, en que efectivamente se deliberó y votó.

4. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido **Ponente la Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO, Presidente de la Sección.**

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo la Resolución dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 19 de octubre de 2011, en el expediente sancionador S/0226/10, *"LICITACIONES DE CARRETERAS"* , incoado por la Dirección de Investigación de la CNC contra cincuenta y tres empresas del sector de la construcción, entre ellas la ahora recurrente (GEVORA) por posibles prácticas anticompetitivas prohibidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 13 de julio, de Defensa de la Competencia consistente en acuerdos de reparto de licitaciones y fijación de precios de cara a concursos públicos para la conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas convocados en todo el territorio nacional.

La parte dispositiva de la Resolución establece lo siguiente:

"PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007 de la que es responsable GEVORA CONSTRUCCIONES, S.A. 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 a dichas licitaciones.

SEGUNDO.- Imponer la siguiente multa a la autora de la infracción:

- 3.172.395 euros a GEVORA CONSTRUCCIONES, S.A.

QUINTO.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el incumplimiento de esta Resolución."

2. Los antecedentes de hecho de la resolución impugnada, tal y como en la misma se recogen y en lo que a la hoy recurrente afecta, son resumidamente los siguientes:

GEVORA CONSTRUCCIONES, S.A. (GEVORA). Empresa extremeña, especializada en construcción de obra civil, explotación de canteras y fabricación de mezclas bituminosas en caliente. La empresa matriz es C.G. Bodión S.A. (99,8% del capital social), especializada en el comercio al por mayor de toda clase de alquitranes, betunes, breas y productos asfálticos en general, hidrocarburos básicos cíclicos y productos químicos de base, piedras pizarras, mármoles, piedras calizas, etc. Posee participaciones en ASFALTOS LOS SANTOS S.A. (100% del capital), empresa también imputada en este expediente.

GEVORA CONSTRUCCIONES, S.A. ha participado en 9 licitaciones (32-A-4240, 32-AB-4420, 32-AV-2970, 32-MU-5630, 32-S- 5580, 32-SO-2940, 32-V-5870, 32-CC-3190 y 32-H-3800).

Su identidad figura en los documentos que acreditan la colusión en las diferentes licitaciones y que revelan su participación en la reunión de 16 de diciembre de 2008. Hay también evidencia de su participación efectiva en el sistema de comeprnaciones, tal y como se detalla en los HP 4,5 y 6.2.

Por ello, GEVORA CONSTRUCCIONES, S.A. debe ser considerada responsable de la infracción pro su participación en los acuerdos ilícitos relativos a las licitaciones 32-A-4240, 32-AB-4420, 32-AV-2970, 32-MU-5630, 32-S-5580, 32-SO-2940, 32-V-5870, 32-CC-3190 y 32-H-3800 convocadas por el Ministerio de Fomento.

3. En la demanda se alegan los siguientes motivos de recurso:

- En primer lugar, infracción de las normas que contiene las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados; y en concreto porque la persona que actuó en calidad de Presidente del Consejo de la CNC como órgano que adoptó la Resolución el 19 de octubre de 2011 había sido cesada unos días antes de que se adoptara la Resolución del ejercicio de su cargo.

- En segundo término, vulneración del derecho fundamental de defensa.

- Ausencia de proporcionalidad en la determinación del volumen de ventas afectados por la infracción y, por ende, en el cálculo de la sanción. Así se alega falta de proporcionalidad de la multa tanto en términos absolutos, como por aplicación errónea de los criterios que determinan el volumen de negocios afectado por la infracción así como por haber establecido un criterio temporal inadecuado para su cálculo.

- En cuarto lugar se alega infracción del principio de presunción de inocencia.

- Por último, concurrencia de atenuante por cooperación.

4. A todas estas cuestiones ha dado ya respuesta esta misma Sala y Sección en resoluciones anteriores recaídas en diversos recursos interpuestos por otras empresas sancionadas en la misma resolución dictada por la Comisión Nacional de la Competencia el día 19 de octubre de 2011 y objeto de la presente impugnación.

Así nos atendremos a lo declarado (entre otras, en las SSAN 631, 635, 678 y 697, entre otras), y en las que, hemos ya desestimado alegaciones de contenido sustancialmente idéntico a las que ahora plantea la recurrente.

Por ello nos atenemos a lo declarado en relación con tales cuestiones.

Así, en nuestra sentencia de 25 de octubre de 2012 (rec. nº 698/2011), rechazábamos el primero de los motivos del recurso fundado en idéntica alegación respecto de la infracción de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. Y ello por virtud de lo dispuesto en el art. 62.1.e) de la Ley 30/1992 , porque según resulta del encabezamiento del acuerdo de la CNC, se adoptó el día 19 de octubre de 2011 por el Presidente, Sr. Doroteo , y este no podía intervenir en la adopción del acuerdo porque el Real Decreto 1421/2011 de 14 de octubre acordó su cese.

El examen del expediente administrativo pone de manifiesto que en el folio 11535 aparece un acuerdo de levantamiento de la suspensión, según el cual, el Consejo de la CNC acordó suspender el plazo para resolver el expediente mediante resolución de 20 de julio de 2011. Y se reanuda el cómputo para resolver el día 26 de septiembre de 2011.

Del propio texto del Acuerdo impugnado resulta que una vez levantada la suspensión *"El Consejo de la CNC deliberó sobre el asunto en distintas sesiones y falló esta Resolución el 13 de octubre de 2011"*.

Resulta así que el texto es el reflejo de una decisión que ya había sido adoptada cuando el día 15 de octubre se publica en el BOE el Real Decreto 1421/2011. Aun dando por supuesto que la firma tuviera lugar el día 19 de octubre, esta no hace sino materializar el acuerdo deliberado y votado antes de publicarse el cese del Presidente de la CNC en el BOE. En el art. 31 del Real Decreto 331/2008 se establece que de cada sesión que celebre el Consejo de la CNC se levantará acta por el Secretario del Consejo, y que esta acta especificará necesariamente los asistentes, el orden del día de la reunión, las circunstancias de lugar y tiempo en que se ha celebrado y los puntos principales de las deliberaciones. Si bien dicha acta no figura en el expediente la Sala entiende que la referencia contenida en el Acuerdo a la deliberación recoge parte del contenido de la misma.

Por otro lado, se habrían respetado, en cualquier caso, las reglas que en relación con el quórum necesario para adoptar acuerdos el Consejo de la CNC recoge el art. 26 del Real Decreto 331/2008 .

Debe en consecuencia desestimarse este motivo de impugnación.

5. En aquellas mismas sentencias analizábamos otra de las alegaciones reiterada también en diversos recursos interpuestos por estas misma empresas sancionadas junto a la recurrente en el mismo acto administrativo ahora recurrido, a saber que, según afirma la recurrente, el Consejo modificó la calificación jurídica propuesta por la Dirección de Investigación sin conceder trámite de alegaciones.

En este sentido se hace eco la demandante del Fundamento de Derecho Primero de la Resolución, en el que se dice que la Dirección de Investigación no propuso *"un único cártel formado por las 53 empresas imputadas en el presente expediente"* sino que ha considerado la existencia de catorce acuerdos diferentes.

Este precepto establece:

"4. Cuando el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido calificada debidamente en

la propuesta de la Dirección de Investigación, someterá la nueva calificación a los interesados y a ésta para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas."

El Tribunal Supremo, en las sentencias de 14 de febrero de 2.007 (RC 1.904/2.005 y RC 974/2004) analizando el artículo 43 LDC consideró que como no se modificaron los hechos, ni la calificación jurídica de los mismos como una infracción del artículo 1 LDC , la resolución impugnada era conforme a derecho. En este caso, las conductas específicas respecto de las cuales se formuló la acusación son exactamente las mismas, y no hay una nueva calificación, sino una reconsideración de que no son constitutivas de catorce infracciones sino de una infracción continuada.

No se aprecia en estas circunstancias la indefensión material denunciada, pues no se están imputando hechos distintos. En efecto, de la lectura de la PR resulta que:

- . La Dirección de Investigación concluye que se ha probado la existencia de acuerdos secretos entre empresas competidoras para modificar (incrementar) las ofertas económicas a presentar en las licitaciones públicas de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de carreteras que se celebran en territorio nacional.

- . La Dirección de Investigación señala que se han acreditado acuerdos para acordar de forma secreta el vencedor y modificar las ofertas a realizar en catorce licitaciones públicas de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas convocados en todo el territorio nacional.

- . En respuesta a alegaciones de las empresas contra la afirmación en el PCH de la existencia de un cartel global, la Dirección de Investigación manifiesta que no ha planteado la existencia de un único cártel formado por las 53 empresas imputadas en el presente expediente, sino que ha considerado la existencia de 14 acuerdos diferentes en los que en cada uno han participado distintas empresas imputadas, lo cual debería sin duda tenerse en cuenta a la hora de proceder al cálculo de las sanciones que correspondan (apartados 450-453 de la PR).

Es decir, no solo no les resulta una calificación inesperada sino que había sido sostenida por los expedientados ante la DI.

- . La DI propone al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia que declare que las 53 empresas citadas en el HP 7 "*... han infringido el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , incurriendo en una toma de contacto directa entre competidores para desvelar las ofertas a presentar y modificarlas en beneficio de los participantes en cada acuerdo, lo que ha tenido como objeto y efecto restringir la competencia y distorsionar el mercado al evitar que los procedimientos de licitación de obras públicas logren su objetivo de adjudicar la obra a la empresa más eficiente y al menor coste, perjudicando al contribuyente*". Solicita que la infracción se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia .

La actora sitúa su indefensión en el hecho de que se le habría privado de alegar y acreditar sobre cuestiones como el mercado relevante, que sería el de cada licitación. Nuevamente resulta en sentido contrario a su alegación que en relación con la "*Definición de mercado*" dice la CNC que:

"Buena parte de las empresas, incluso las que han reconocido los hechos y, en algunos casos, su responsabilidad en las conductas, cuestionan la definición de mercado.

En el párrafo 100 del PCH la Dirección de Investigación sitúa el mercado relevante en el ámbito de las licitaciones públicas para la conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación y construcción de firmes y plataformas (carreteras, autovías, etc.). No obstante, en su explicación aporta cifras de la inversión total en conservación de infraestructuras, en particular en carreteras, que puede incluir otros conceptos. Además, en su requerimiento de información a las partes sobre volumen de negocios solicitó las cifras correspondientes a las licitaciones públicas para la conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación y construcción de firmes y plataformas."

No ha habido modificación alguna en la determinación del mercado relevante, no es necesario un análisis de los hechos distinto durante el procedimiento, y en cuanto a la duración de la infracción, igualmente se estableció por la DI el periodo 2008-2009. La diferencia posible podría situarse en el modo de calcular la sanción, cuestión que es objeto de otro motivo de recurso y que se analizará más adelante.

Debe en consecuencia desestimarse igualmente este motivo de recurso.

6. Como ya ha establecido esta Sala en anteriores sentencias, confirmadas por el Tribunal Supremo (entre otras la de 11 de mayo de 2000 confirmada por la de 11 de mayo de 2004) basta con que la Propuesta de Resolución indique los hechos, preceptos infringidos y posibles sanciones, incluso simplemente por remisión a los preceptos de aplicación. No es preciso ni exigible en este trámite una resolución equivalente a la sancionadora.

El derecho a un procedimiento sancionador con todas las garantías de defensa, que se constituye como derecho fundamental del ciudadano a un procedimiento justo y equitativo frente a los poderes coercitivos de la Administración, en que se respeten los derechos de defensa con interdicción de indefensión, en una interpretación sistemática de los artículos 24 y 25 de la Constitución y del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos , engloba, según se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otras garantías, al derecho a no ser sancionado sin ser oído y, a ejercer las facultades de alegación con contradicción en todas las fases del procedimiento, el derecho a un procedimiento público, el derecho a ser informado de la acusación, de modo que se conozcan sin restricción los hechos imputados, que impone que exista correlación entre estos hechos y la resolución sancionadora, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, que excluye la admisibilidad y apreciación de pruebas ilícitas, y el derecho a la presunción de inocencia, que acoge el derecho a no ser sancionado sin prueba de cargo legítima y válida, que sustente la resolución sancionadora. En este caso, la Propuesta de Resolución contenía los elementos fundamentales de la acusación, específicamente los hechos imputados y la calificación jurídica de los mismos, no apreciándose que se haya producido la infracción del derecho de defensa denunciada.

7. La conducta por la que se sanciona a la ahora recurrente, que la CNC entiende tipificada en el art. 1 de la Ley 15/2007 es la participación en la organización de un mecanismo para acordar ofertas en las licitaciones públicas de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas. Este mecanismo de coordinación operaba en licitaciones organizadas en base al procedimiento restringido; entre las

empresas invitadas a presentar oferta económica se producían contactos y reuniones, que tenían por objeto analizar, para una o varias licitaciones, las ofertas que las empresas invitadas a cada una de ellas tenían previsto presentar en condiciones competitivas.

Conocidas las bajas competitivas y la empresa que habría resultado vencedora sin acuerdo, se mantiene a la misma pero se acuerda una nueva baja para el vencedor mucho más reducida que la que habría ofertado en condiciones de competencia. El resto de empresas realizarían ofertas con bajas inferiores a la acordada para la vencedora. No se ha establecido si existe algún método sistemático para calcular la nueva baja a ofertar por la empresa adjudicataria, pero en todos los casos sería más reducida que las bajas competitivas recogidas en los documentos manuscritos de las reuniones.

El Tribunal Supremo en relación con la prueba indiciaria que es la que sustenta la condena de la recurrente en la sentencia de 6 de marzo de 2000 (recurso 373/1993) afirmó:

"[...] el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados -no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo.

Hay que resaltar que estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o concertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda."

En este caso, hay un conjunto de indicios que son valorados por la Administración de los que resultan que se celebraron reuniones de la actora con sus competidoras en el sector de las licitaciones públicas de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas convocadas en todo el territorio nacional, para conocer que ofertas planeaban presentar a los concursos a los que habían sido invitadas. El resultado fué la adopción de acuerdos para modificar las ofertas, incrementando el coste para el ente que adjudica el contrato mediante la disminución del importe de las bajas a ofrecer, en las referidas licitaciones.

Estos elementos probatorios, al menos a título indiciario, son los siguientes:

- . Documentación entregada por el denunciante.
- . Documentación hallada en los registros de sedes de empresas, consistente con la anterior.
- . Documento manuscrito de GEVORA, obrante a los folios 1108 a 1112 del que

resultan: pacto de las bajas, modo de repartir el importe obtenido mediante la elevación de la baja más alta, modos de pagar las diferencias resultantes a favor de cada participante en el cártel, empresas participantes en el reparto.

- Documentos y archivos excel localizados en lugares diferentes y que guardan total coherencia y relación unos con otros.

- El propio resultado de las licitaciones, las bajas ofertadas coinciden con las que aparecen en la documentación aportada o incautada.

- Coincidencias entre las distintas licitaciones examinadas y participación en el caso de GEVORA en la reunión del 16 de diciembre de 2008.

- Semejanzas entre los distintos ficheros sobre pagos a realizar.

- Participación en las licitaciones

- Varias partes han reconocido en sus alegaciones que la reunión de 16 de diciembre de 2008 (folio 1111) fue convocada en el marco de la Asociación de Fabricantes de Mezclas Asfálticas para la Construcciones y Obras Públicas (ASEFMA) (folios 1994 a 2007).

La Sala considera que si bien las distintas pruebas aisladamente consideradas pudieran no acreditar por si solas e individualmente la conducta prohibida, su conjunto deja claramente probados los hechos que, en relación con la empresa actora, son declarados por la CNC.

Por medio de este conjunto de indicios se acredita que la hoy actora participó en las dos reuniones de las que se ha obtenido documentación, tomó parte en dos licitaciones analizadas, y aparece mencionada en los documentos de los que resulta la existencia del cartel.

A partir de estos indicios, esta Sala considera que se han probado de forma suficiente los hechos base: se celebran contactos y reuniones, participan empresas invitadas a participar en determinado tipo de licitaciones, se comunican sus ofertas, se detallan las bajas a ofertar. Y el resultado es que la baja más alta siempre es mucho más reducida que la inicialmente prevista por el licitador con la oferta más ventajosa para la Administración. Y en alguno de los concursos públicos, se ha acreditado que se calcula porcentualmente, y en relación con la baja de cada uno, un importe en euros que es una parte de la diferencia que resulta, a favor del adjudicatario y en contra de la Administración que convoca y adjudica el concurso de comparar la cifra con la baja más alta inicialmente prevista y la cifra con la baja más pequeña finalmente ofertada. Ha tenido lugar la demostración del enlace preciso y directo entre el hecho base acreditado y la consecuencia obtenida por la CNC, y que este razonamiento no es arbitrario ni absurdo sino que es coherente y razonable.

El hecho de que solo resultase invitada en tres de las licitaciones, no excluye su participación en el cártel, que, como razona la resolución impugnada, es único y continuado. La Sala considera especialmente relevante la documentación obrante en el expediente administrativo remitido que llevó al Consejo a concluir:

Se remite este Tribunal expresamente a los hechos descritos en el apartado "*Documentación relevante*" subapartados 119 a 123, y al archivo excel de

Excavaciones Saiz (folio 1106) así como, fundamentalmente, su asistencia a una de las dos reuniones (folio 1111 y folios 194 y siguientes).

También existe indicio cualificado sobre los cobros percibidos por GEVORA tal y como se recoge pormenorizadamente en la resolución impugnada con remisión a los folios 2.568 a 2.590 del expediente y a la documentación contable obrante en el mismo.

En definitiva, la Sala ha considerado que al igual que los otros casos analizados en relación con otras de las muchas empresas sancionadas por la misma conducta existe prueba suficiente como para desvirtuar su presunción de inocencia.

8. Entiende, por último la actora que la sanción impuesta ha sido cuantificada erróneamente. A su juicio ha existido una incorrecta delimitación del mercado relevante, deben excluirse las licitaciones adjudicadas o cuyas ofertas se hayan presentado con anterioridad a 2008. Así la cifra a tomar en consideración para el cálculo de la sanción sería la de 815.890 euros, cantidad que se correspondería con la única obra adjudicada a GEVORA dentro del período de la infracción, en el mercado de producto definido por la Resolución y además por procedimiento restringido que es la obra *"Rehabilitación estructural del firme en las carreteras N-344, P.K.31 al 67 y 73,800 al 101,500 y la MU-30, PP.KK.0,000 al 9,900. Provincia de Murcia"* .

También alega que el limitado efecto que habría tenido la infracción no justificaría en ningún caso una sanción superior al 12% del supuesto volumen de negocios afectado y que la CNC no ha valorado la delicada situación financiera de la recurrente ni las previsiones de caída drástica de la inversión pública.

La CNC en la resolución impugnada parte de la base de la gravedad de las conductas sancionadas, y recuerda que según el artículo 63.1. letra c) pueden ser multadas las empresas responsables de una infracción muy grave tipificada en el artículo 62.4.a) de la ley 15/2007 *"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"* . .

La CNC ha optado por establecer un importe básico, que es *"una proporción del volumen de ventas afectado por la infracción."* Sobre el que se aplicarán los criterios que recoge el artículo 64, y en concreto, en las letras a) a e) es decir, *"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"*.

Con este fundamento, se parte de la base de que la actuación ilícita afectaba a licitaciones públicas del ámbito de la conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas (carreteras, autovías, etc.), y se parte solo del volumen de negocios correspondiente a las licitaciones de mejora, refuerzo y rehabilitación de firmes y plataformas: dice literalmente la resolución que *"Se trata siempre de obras que tienen que ver con la mejora y conservación del estado del firme, no a contratos de servicios. Es a ello obviamente a lo que la Dirección de Investigación se refería y lo que debe considerarse a efectos del volumen de ventas afectado, de la misma forma que algunas de las partes hablan también en sus escritos de obras de conservación . "*

La dimensión del mercado es nacional: como señala la CNC, las empresas se

presentan a licitaciones de obras a ejecutar por todo el territorio nacional. Incluso cuando la Administración que convoca es autonómica pueden presentarse empresas de cualquier parte del territorio. La Sala comparte la consideración de que " *Las empresas que cuentan con los medios técnicos y económicos pueden concurrir independientemente de quien sea la autoridad que convoque. Esta sustituibilidad entre licitaciones desde el lado de la oferta lleva necesariamente a definir un único mercado para todas .* "

El criterio que la CNC ha elegido para determinar la proporcionalidad inicialmente, es correcto, pues tiene en consideración el alcance de la participación de la empresa en la infracción, por entender que no pueden ser sancionadas de igual forma, siempre sobre la base del volumen de negocios afectado, empresas que tuvieron una implicación mínima que las que tuvieron una implicación máxima.

En cuanto a la no aplicabilidad del párrafo II del apartado 14 de la Comunicación de la CNC sobre el cálculo del importe de las multas, esta Sala estima que no se ha razonado por la resolución. En efecto, al analizar los efectos se señala que " *Se ha acreditado que en estas licitaciones los acuerdos colusorios desplegaron sus efectos y las bajas se vieron alteradas en beneficio de las empresas y en detrimento del presupuesto público. Obviamente ha existido un beneficio ilícito procedente de esta conducta cuyo reparto a ciencia cierta no se conoce con detalle para las 14 licitaciones* " y a continuación se señala:

"Resultan inaceptables los argumentos esgrimidos por algunas empresas de que este tipo de colusión no afecta significativamente a los consumidores o de que en ausencia de ella el resultado hubiera sido el mismo. Pocas infracciones pueden dañar tanto y a una base tan amplia. Al suponer un mayor coste de la licitación y, con ello, un mayor cargo presupuestario, está afectando nada menos que a todos los contribuyentes. Merece la máxima reprobación las conductas de quienes están dispuestos a realizar bajas cercanas al 30% y se ponen de acuerdo para realizarlas del orden del 3%, dividiéndose entre los participantes ese ilícito beneficio, que no se puede ocultar resulta paralelo al perjuicio que a la Administración que convoca el concurso, y en definitiva al conjunto de los ciudadanos, ocasiona. "

Pero donde a juicio del Abogado del Estado se está recogiendo que el mercado en el que se ha producido la colusión corresponde a un input productivo susceptible de provocar efectos en cascada en otros mercados es cuando la resolución señala que la distorsión de las bajas contribuye a falsear los precios del mercado, porque se indica que de acuerdo con la Ley de Contratos del Sector Público los órganos de contratación deben tratar de que los precios se ajusten a los que dicta el mercado. Se cita expresamente, 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..."

La CNC no ha fundamentado el porcentaje en esta parte de la Comunicación, y por esta razón no ha realizado argumentación alguna sobre el hecho de que es procedente aumentar hasta el 30% el porcentaje, cuando se trata de un mercado que corresponde a un input productivo susceptible de provocar efectos en cascada a distintos mercados. Pero esta falta de razonamiento carece de consecuencias a los efectos estudiados.

La CNC ha razonado que " *La infracción es muy grave y ha tenido efectos que han sido constatados. Como muchas de las partes alegan, es cierto que la colusión se ha acreditado en un número limitado de licitaciones del total de las convocadas, lo que debe ser tenido en cuenta a la hora de fijar el coeficiente de sanción. Pero también es necesario tener en cuenta el número de licitaciones en que ha participado cada empresa. Por ello, se considera adecuado aplicar un porcentaje del 5% a las que hayan participado en una sola de las licitaciones, incrementando dicho coeficiente en dos puntos adicionales por cada licitación en la que la empresa haya participado, limitándolo como máximo a un porcentaje del 30%.*" Es decir, se llega al 30% por una razón que no guarda relación con el apartado 14.

Se parte del 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. Se ha minorado en el importe de las obras de construcción cuando la empresa afectada justificó que el volumen de negocios en su día remitido incluía tales cifras, o que se incluían cifras de contratos de servicios de conservación.

La ley no ha previsto que se considere circunstancia atenuante la situación financiera de la empresa ni la situación de crisis económica, como tampoco es circunstancia agravante la buena situación económica de la entidad o general.

En la decisión de la Comisión Europea de 23 de junio de 2010 asunto COMP/39092 se analizó el problema que suscita la recurrente desde el punto de vista de la llamada "incapacidad contributiva" en los siguientes términos:

"(17) Diez empresas alegaron su incapacidad contributiva al amparo del apartado 35 de las Directrices sobre Multas de 2006. La Comisión examinó dichas alegaciones y analizó cuidadosamente la situación financiera de dichas empresas y el contexto económico y social particular.

(18) A la hora de evaluar la situación financiera de la empresa, la Comisión examinó las declaraciones financieras recientes y actuales de la empresa, así como sus proyecciones para ejercicios venideros. La Comisión consideró una serie de coeficientes financieros que medían la solidez, rentabilidad, solvencia y liquidez de las empresas, así como su situación de capital y flujo de tesorería. Además, la Comisión tuvo en cuenta las relaciones con los socios financieros exteriores, tales como los bancos y los accionistas. El análisis también tuvo en cuenta los planes de reestructuración.

(19) La Comisión evaluó el contexto económico y social particular de cada empresa cuya situación financiera se constató que era suficientemente crítica. En este contexto, se tuvo en cuenta el impacto de la crisis económica y financiera mundial en el sector de los productos para el cuarto de baño. La Comisión también llegó a la conclusión, válida para las cinco empresas afectadas, de que la multa causaría una pérdida significativa de valor de sus activos.

(20) Como resultado del análisis de la Comisión, las multas de tres empresas se redujeron en un 50 % y las de otras dos, en un 25 %, dada su difícil situación financiera."

9. 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."

En consecuencia, y habiéndose interpuesto este recurso el día 20 de diciembre de 2011 procede la condena en costas a la parte actora.

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

FALLAMOS

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR

el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **GEVORA CONSTRUCCIONES, S.A.**, contra la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de octubre de 2011, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la recurrente.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial .

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos de legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo Doy fe.