

Id. Cendoj: 28079230062013100031
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 25/01/2013
Nº de Recurso: 658/2011
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Expediente sancionador por incumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia.

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a veinticinco de enero de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo núm. 658/2011 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **ASFALTOS Y CONSTRUCCIONES ELSAN S.A.** representada por el Procurador Sr. Marina Grimau frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 19 de octubre de 2011, relativa a **expediente sancionador por incumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia**, con una cuantía de 2.353.115 euros. Compareció como codemandada OCASA representada por la Procuradora Sra. Caro Bonilla. Siendo Ponente la Magistrado **D^a MERCEDES PEDRAZ CALVO**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO -. La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 5 de diciembre de 2011. Por Decreto del Sr. Secretario se acordó tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO -. En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito de 22 de marzo de 2012 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se estime el recurso y se anule el acto administrativo impugnado. Subsidiariamente, reduzca el importe de la multa impuesta por concurrir

circunstancia atenuante.

TERCERO -. El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

CUARTO -. La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental y la pericial a instancias de la actora con el resultado obrante en autos.

Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO -. La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 22 de enero de 2.013 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO -. Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por la Comisión Nacional de la Competencia el día 19 de octubre de 2011 en el expediente sancionador NUM000 , LICITACIONES DE CARRETERAS, incoado por la Dirección de Investigación de la CNC por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

SEGUNDO -. Los antecedentes de hecho de la resolución impugnada, tal y como aparecen recogidos por la misma y en lo que a la recurrente afecta, son resumidamente los siguientes:

1.9. ASFALTOS Y CONSTRUCCIONES ELSAN, S.A. (ELSAN). Empresa perteneciente al Grupo OHL. Dedicada a la provisión de servicios viarios y aeroportuarios, conservaciones integrales y servicios de gas.

ELSAN-PACSA (antes ASFALTOS Y CONSTRUCCIONES ELSAN, S.A.) ha participado en 4 licitaciones (32-A-4240, 32-S- 5580, 32-V-5870 y 32-CC-3190). La documentación revela que participó en la reunión de 16 de diciembre de 2008 y que en ella puso de manifiesto su oferta, al menos, para dos de las licitaciones. Consta también acreditado en la contabilidad de MISTURAS un pago a ELSAN por el importe de la compensación correspondiente a la licitación de CANTABRIA.

ELSAN alega que se trata del pago por una supuesta obra (Caminos de concentración parcelaria en Borrifáns (La Coruña) folio 5227). El importe de este pago coincide con el montante que corresponde de acuerdo con los cálculos de compensaciones por la licitación (celda M48, folio 1.984). Estos cálculos vienen corroborados por las pruebas documentales, por los apuntes de la contabilidad de MISTURAS y por justificantes de pago hallados en la inspección en relación con esta licitación, que atestiguan pagos no sólo a ELSAN, sino también a otras empresas. La prueba aportada por ELSAN considera la CNC no tiene fuerza suficiente para poner en duda estos hechos.

A la vista de todo ello, concluye la CNC que ASFALTOS Y CONSTRUCCIONES ELSAN, S.A es responsable de la infracción por su participación en el acuerdo ilícito relativo a las licitaciones:

- 1- 32-A-4240 (Alicante rehabilitación superficial del firme, tramo: enlace a-31-L.P. Valencia);
- 2- 32-S-5580 (Cantabria, Rehabilitación de firmes en la A-8 y A-67 varios pp.kk.);
- 3- 32-V-5870 (Valencia, A-3 Rehabilitación estructural del firme. Requena-Siete Aguas. P.k. 280,6 al 302,5) y
- 4- 32-CC-3190 (Cáceres, N-630. Rehabilitación superficial del firme. Varios pp. Kk. 32-CC-3190).

Como consecuencia se impone a ASFALTOS Y CONSTRUCCIONES ELSAN, S.A. una sanción de multa por importe de 2.353.115€.

En relación con las diferentes licitaciones indicadas, la CNC razona como sigue:

1-. 32-S-5580 (CANTABRIA) "Rehabilitación de firmes en la A-8 y A-67, varios pp.kk".

Según la información facilitada por el Ministerio de Fomento como contestación al requerimiento de información formulado por la Dirección de Investigación de fecha de 21 de mayo de 2010 (folio 2.107), la licitación fue convocada el 14 de agosto de 2008, siendo el objetivo de la misma la rehabilitación de firmes de la A-8 y A-67. El presupuesto máximo de la licitación se fijaba en 11.258.206,12 euros, siendo invitadas 16 empresas (una de ellas formando UTE con otra) a presentar 15 ofertas económicas. La ejecución de la obra fue adjudicada a MISTURAS con fecha de 1 de abril de 2009 con una oferta de 10.897.942,48 euros, equivalente a una baja del 3,2%.

Las 16 empresas licitantes (dos de ellas en UTE) y sus correspondientes ofertas fueron: ARCEBANSA, S.A., 10.942.976,35 euros y baja de 2,8%; ASCAN EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN, S.A. 10.945.673,93 euros y baja de 2,78%; ASFALTOS Y CONSTRUCCIONES ELSAN, S.A. 10.931.718,13 y baja de 2,9%; BECSA, S.A. (en UTE con RAFAEL MORALES, S.A.) 11.112.693,28 euros y baja 1,29%; CONSTRUCTORA HORMIGONES MARTINEZ, S.A. 11.101.717,06 euros y baja de 1,39%; COPISA CONSTRUCTORA PIRENAICA, S.A. 10.909.201,73 euros y baja 3,1%; ECOASFALT, S.A. 11.190.000 euros y baja 0,61%; EMILIO BOLADO, S.L. 11.119.223,56 euros y baja 1,23%; EXTRACO CONSTRUCCIONES E PROXECTOS, S.A. 10.901.320,4 euros y baja 3,17%; GEVORA CONSTRUCCIONES, S.A. 10.902.446,81 y baja 3,16%; MISTURAS OBRAS E PROXECTOS, S.A. 10.897.942,48 euros y baja 3,2%; OBRAS, CAMINOS Y ASFALTOS, S.A. 10.930.592,32 euros y baja 2,91%; PAS INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS, SL. (anteriormente denominada PAVIMENTOS ASFÁLTICOS SALAMANCA, S.L.) 11.213.173,29 euros y baja 0,4%; PROBISA TECNOLOGIA Y CONSTRUCCION, S.L. (anteriormente PROBISA TECNOLOGIA Y CONSTRUCCION, S.A.) 11.132.056 euros y baja 1,12%; y SERVICIOS Y OBRAS DEL NORTE, S.A. 10.928.340,67 euros y baja 2,93%.

Esta oferta vencedora habría sido acordada en la reunión del 16 de diciembre de 2008. Durante la reunión, cada una de las empresas participantes en esta licitación habría informado a las demás de la oferta económica, concretamente de la baja, que tendría preparada para presentar en la licitación, averiguándose que la empresa adjudicataria sería MISTURAS con una baja del 32,8%. Las bajas que habría presentado cada empresa en condiciones competitivas están recogidas en el "Documento manuscrito de PADECASA", concretamente en la columna inferior derecha

del folio 1.111.

Conocido el vencedor de la licitación, las empresas participantes habrían acordado que la empresa que iba a resultar adjudicataria (MISTURAS) ofertaría una baja de 3,2%, mientras que las 15 empresas restantes (dos de ellas en UTE) ofertarían bajas inferiores. Fijada la baja vencedora, se procedería a calcular la diferencia entre el presupuesto inicial vencedor y el nuevo presupuesto, obteniéndose la cantidad a repartir y la parte correspondiente a cada una de las participantes, para ello se utilizaría la Hoja de Excel encontrada en la inspección de la sede de MISTURAS preparada para esta licitación (folio 2.000).

Completando esta hoja de cálculo con los datos manuscritos del documento de PADECASA (folio 1.111) y el presupuesto máximo de la licitación (11.258.206,12 euros) se obtiene el resultado reflejado en una tabla elaborada por la CNC.

De manera que la cantidad a repartir entre las 16 empresas pertenecientes al cartel y participantes en esta licitación, por modificar sus ofertas económicas, ascendería a 3.332.429,01 euros, repartida proporcionalmente entre las empresas en función de las bajas que habrían ofertado sin acuerdo. Estas cantidades, calculadas con la información recabada durante la inspección de las sedes de MISTURAS (folio 2.000) y PADECASA (folio 1.111), 34 coinciden con exactitud con las cantidades recogidas en la columna L del Archivo Excel "Ingresos y Pagos 1.xls" (folio 1.984), encabezada como "Cantabria Pagos", que correspondería a los ingresos a realizar por MISTURAS a las restantes 15 empresas participantes en la licitación 32-S-5580 en la provincia de Cantabria como consecuencia del acuerdo para alterar las ofertas económicas a presentar.

Once de estos quince pagos a realizar por MISTURAS se han encontrado en la contabilidad de esta empresa en sus extractos de cuentas por cliente y proveedor (folios 2.230 a 2.251). Concretamente:

- Pago a Asfaltos y Construcciones ELSAN S.A. por valor de 154.212,85 euros recogido en la celda L48 del folio 1.984 y calculado en la celda F35 del folio 2.000. Está contabilizado en el extracto de la cuenta por proveedor de Asfaltos y Construcciones ELSAN S.A. con fecha de 20 de mayo de 2009 y concepto de "S/FRA. 20090500168-1805" por la cuantía de 154.212,85 euros (folio 2.238).

Finalmente, en la carpeta "proformas" encontrada en soporte informática durante la inspección de la sede de MISTURAS se localizaron justificantes de pago por las cantidades a ingresar por MISTURAS que debían ser emitidos por aquellas empresas participantes en la licitación de Cantabria (32-S-5580) con las que no se tendría que realizar ninguna compensación por cobros pendientes de otras licitaciones repartidas por el cártel. En estos justificantes de pago el concepto no se corresponde con la licitación de Cantabria. Concretamente y en relación con la actora, se indica:

ELSAN: Justificante de pago por valor de 154.212,85 euros, recogido en la celda L48 del folio 1.984 y calculado en la celda F35 del folio 2.000, en concepto de "Camino de concentración parcelaria en Borrifáns (La Coruña)" (folio 1.990).

2- 32-A-4240 (ALICANTE) "A7, N-340 y N-332. Rehabilitación de firme"

Según la información facilitada por el Ministerio de Fomento como contestación al requerimiento de información formulado por la Dirección de Investigación de fecha de

21 de mayo de 2010 (folio 2.049), la licitación fue convocada el 4 de septiembre de 2008, siendo el objeto de la misma la rehabilitación de firmes de la A-7, N-340 y N-332. El presupuesto máximo de la licitación se fijaba en 10.104.800,95 euros, siendo invitadas 16 empresas (cuatro de ellas formando dos UTE) a presentar 14 ofertas económicas. La ejecución de la obra fue adjudicada a PAVASAL con fecha de 28 de mayo de 2009 con una oferta de 9.601.581,86 euros, equivalente a una baja del 4,98%.

Las 16 empresas licitantes (cuatro de ellas en dos UTE) y sus correspondientes ofertas fueron: ARCEBANSA, S.A. 9.953.228,94 euros y baja 1,5%; ASFALTOS Y CONSTRUCCIONES ELSAN, S.A. 9.800.646,43 euros y baja 3,01%; BECSA, S.A. (en UTE con RAFAEL MORALES, S.A.) 9.705.660,84 euros y baja 3,95%; CYES INFRAESTRUCTURAS, S.A. (anteriormente denominada CONSTRUCCIONES Y ESTUDIOS, S.A.) (en UTE con ASFALTOS GUEROLA, S.A.) excluidos; CONSTRUCTORA HORMIGONES MARTINEZ, S.A. 9.650.084,9 euros y baja 4,5%; COPISA CONSTRUCTORA PIRENAICA, S.A. 9.845.107,56 euros y baja 2,57%; ECOASFALT, S.A. 9.797.000,01 euros y baja 3,05%; EXTRACO CONSTRUCCIONES E PROXECTOS, S.A. 9.909.777,92 euros y baja 1,93%; GEVORA CONSTRUCCIONES, S.A. 10.011.836,78 euros y baja 0,92%; MISTURAS OBRAS E PROXECTOS, S.A. 10.000.720,76 euros y baja 1,03%; PAVASAL EMPRESA CONSTRUCTORA, S.A. 9.601.581,86 euros y baja 4,98%; PAS INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS, SL. (anteriormente denominada PAVIMENTOS ASFÁLTICOS SALAMANCA, S.L.) 9.993.648,14 euros y baja 1,1%; PROBISA TECNOLOGIA Y CONSTRUCCION, S.L. (anteriormente denominada PROBISA TECNOLOGIA Y CONSTRUCCION, S.A.) 10.072.396 euros y baja 0,32%; y SORIGUÉ, S.A. 9.975.459,5 euros y baja 1,28%.

En relación a la oferta de CYES (en UTE con GUEROLA), que fue excluida de la licitación, podría considerarse que su exclusión habría sido consecuencia de una "baja temeraria" provocada por el resto de empresas participantes como se ha descrito anteriormente. Sin embargo, estas empresas constan como participantes en la reunión del 16 de diciembre de 2008 en la que se acordó la modificación de las ofertas de esta licitación (folio 1.111).

La oferta vencedora habría sido acordada por el cártel en la reunión del 16 de diciembre de 2008. Durante la reunión cada una de las 16 empresas participantes habría informado a las demás de la oferta económica, concretamente de la baja, que tendría preparada para presentar en la licitación, averiguándose que la empresa adjudicataria sería PAVASAL con una baja del 30,6%. Las bajas que habrían presentado cada empresa están recogidas en el "Documento manuscrito de PADECASA" en la parte superior del folio 1.111.

Conocido el vencedor de la licitación, las empresas participantes habrían acordado que la empresa que iba a resultar adjudicataria (PAVASAL) ofertaría una baja de 4,98%, mientras que las 15 empresas restantes ofertarían bajas inferiores. Fijada la baja vencedora se procedería a calcular la diferencia entre el presupuesto inicial vencedor y el nuevo presupuesto, obteniéndose la cantidad a repartir y la parte correspondiente a cada una de las participantes, para ello se utilizaría la Hoja de Excel encontrada en la inspección de la sede de MISTURAS preparada para esta licitación (folio 1.996). Completando esta hoja de cálculo con los datos manuscritos del documento de PADECASA (folio 1.111) y el presupuesto máximo de la licitación (10.104.800,95 euros) se obtiene el resultado que la CNC resume en una tabla.

De esta manera, la cantidad a repartir entre las 16 empresas, pertenecientes al cartel

y participantes en esta licitación, por modificar sus ofertas económicas ascenderían a 2.534.284,07 euros, repartidas proporcionalmente entre las empresas en función de las bajas que habrían ofertado sin acuerdo.

Si se combina la información del documento manuscrito de PADECASA (folio 1.111), con la información contenida en la hoja de cálculo "Ingresos y Pagos 1.xls" de MISTURAS (folio 1.984) y con los datos oficiales de la licitación (folio 2.049), partiendo de que la empresa adjudicataria de la obra fue PAVASAL y de que en la hoja de cálculo preparada para esta licitación (folio 1.996) se incluía también a esta empresa, se deduce que en las notas manuscritas de la reunión de 16 de diciembre de 2008 se habría confundido PABASA con PAVASAL.

De la hoja de cálculo de "Ingresos y Pagos 1.xls" de MISTURAS (folio 1.984), se obtiene que, para esta licitación, los pagos a recibir EXTRACO y MISTURAS por modificar su oferta económica serían 214.902,29 euros (celda I8, folio 1.984) y 215.879,12 euros (celda I10, folio 1.984) respectivamente, por lo que basándonos en estas cifras se puede calcular que la "Suma Bajas" (celda E49, folio 1.996) tendría que ser 259,44 y, por tanto, que la baja competitiva de MISTURAS habría sido 22,1% y la baja de ELSAN habría sido 11,79%.

Estos pagos a recibir por MISTURAS y EXTRACO por valor de 215.879,12 euros (celda I10, folio 1.984) y 214.902,29 euros (celda I8, folio 1.984) de PAVASAL se han encontrado en las contabilidades de cada empresa (folios 2.231 y 2.576) en los respectivos extractos de cuenta por cliente de PAVASAL EMPRESA CONSTRUCTORA S.A.

En primer lugar, el pago de PAVASAL a MISTURAS por valor de 215.879,12 euros se contabiliza en un apunte en la contabilidad de MISTURAS con fecha de 31 de julio de 2009 y concepto "N/FRA. 200001860001", por valor 347.162,36 euros (folio 2.231) que corresponde a la suma de los pagos que PAVASAL debe realizar a MISTURAS por la licitación pública de Alicante (32-A-4240) por valor de 215.879,12 euros (celda I10, folio 1.984) y por la licitación de Valencia (32-V-5870) por valor de 131.283,24 euros (celda H10, folio 1.984). Cabe puntualizar, que la licitación de Valencia también fue adjudicada a PAVASAL y acordada por el cártel, generando los correspondientes pagos de esta empresa a las restantes participantes. La cantidad del apunte contable de MISTURAS por estas dos licitaciones, 347.162,36 euros, se recoge en la hoja de cálculo "Ingresos y Pagos 1.xls" de MISTURAS (folio 1.984) en las celdas K10 y M10. Esta cantidad de 347.162,36 euros habría sido abonada por PAVASAL a MISTURAS mediante dos pagarés por valor de 173.581,18 euros cada uno con vencimientos el 30 de noviembre de 2008 y 30 de abril de 2010 respectivamente (folios 2.253 y 2.254).

En segundo lugar, el pago de PAVASAL a EXTRACO por valor de 214.902,29 euros se contabiliza en un apunte en la contabilidad de EXTRACO con fecha de 31 de julio de 2009 y concepto "N/FRA. 001007530001", por valor de 345.249,33 euros (folio 2.576) que corresponde a la suma de los pagos que PAVASAL debe realizar a EXTRACO por la licitación pública de Alicante (32-A-4240) por valor de 214.902,29 euros (celda I8, folio 1.984) y por la licitación de Valencia (32-V-5870) por valor de 130.347,04 euros (celda H8, folio 1.984). La cantidad del apunte contable de EXTRACO por estas dos licitaciones, 345.249,33 euros, se recoge en la hoja de cálculo "Ingresos y Pagos 1.xls" de MISTURAS (folio 1.984) en las celdas K8 y M8.

3-. 32-V-5870 (VALENCIA) "A-3. Rehabilitación estructural del firme. Requena-Siete Aguas. P.k. 280,6 al 302,5"

Según la información facilitada por el Ministerio de Fomento como contestación al requerimiento de información formulado por la Dirección de Investigación de fecha de 21 de mayo de 2010 (folio 2.124), la licitación fue convocada el 4 de septiembre de 2008, siendo el objeto de la misma la rehabilitación estructural del firme de la A-3, a su paso por Requena y Siete Aguas (p.k. 280,6 al 302,5). El presupuesto máximo de la licitación se fijaba en 8.795.733,13 euros, siendo invitadas 17 empresas (cuatro de ellas formando dos UTE) a presentar 15 ofertas económicas. La ejecución de la obra fue adjudicada a PAVASAL con fecha de 17 de junio de 2009 con una oferta de 8.333.957,14 euros, equivalente a una baja del 5,25%.

Las 17 empresas licitantes (cuatro de ellas en dos UTE) y sus correspondientes ofertas fueron: ALVARO VILLAESCUSA, S.A. 8.382.333,68 euros y baja 4,7%; ARCEBANSA, S.A. 8.707.775,8 euros y baja 1%; ASFALTOS Y CONSTRUCCIONES ELSAN, S.A. 8.387.611,1 euros y baja 4,64%; BECSA, S.A. (en UTE con RAFAEL MORALES, S.A.) 8.399.925,4 euros y baja 4,5%; CONSTRUCTORA HORMIGONES MARTINEZ, S.A. 8.353.307,75 euros y baja 5,03%; COPISA CONSTRUCTORA PIRENAICA, S.A. 8.725.367,26 euros y baja 0,8%; EOC DE OBRAS Y SERVICIOS, S.A. 8.43.710,2 euros y baja de 4,15%; EXTRACO CONSTRUCCIONES E PROXECTOS, S.A. 8.499.316,52 euros y baja 3,37%; GEVORA CONSTRUCCIONES, S.A. 8.713.053,24 euros y baja de 0,94%; MISTURAS OBRAS E PROXECTOS, S.A. 8.520.426,2 euros y baja 3,13%; PAVASAL EMPRESA CONSTRUCTORA, S.A. 8.333.957,14 euros y baja 5,25%; PAS INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS, SL. (anteriormente denominada PAVIMENTOS ASFÁLTICOS SALAMANCA, S.L.) 8.681.388,6 euros y baja 1,3%; PAVIMENTOS BARCELONA, S.A. (en UTE con EUROPEA DE ASFALTOS, S.A.) 8.421.913,2 euros y baja 4,25%; PADELSA INFRAESTRUCTURAS, S.A. (anteriormente denominada PAVIMENTOS DEL SURESTE, S.A.) 8.373.537,94 euros y baja de 4,8%; y SORIGUÉ, S.A. 8.623.336,76 euros y baja 1,96%.

La oferta vencedora habría sido acordada en la reunión del 16 de diciembre de 2008. Durante la reunión cada una de las 17 empresas participantes habría informado a las demás de la oferta económica, concretamente de la baja, que tendría preparada para presentar en la licitación, averiguándose que la empresa adjudicataria sería PAVASAL con una baja del 27,05%. Las bajas que habría presentado cada empresa están recogidas en el "Documento manuscrito de PADECASA" en la parte superior el folio 1.111.

Conocido el vencedor de la licitación, las empresas participantes habrían acordado que la empresa que iba a resultar adjudicataria (PAVASAL) ofertaría una baja de 5,25%, mientras que las 16 empresas restantes ofertarían bajas inferiores. Fijada la baja vencedora se procedería a calcular la diferencia entre el presupuesto inicial vencedor y el nuevo presupuesto, obteniéndose la cantidad a repartir y la parte correspondiente a cada una de las participantes, para ello se utilizaría la Hoja de Excel encontrada en la inspección a la sede de MISTURAS preparada para esta licitación (folio 2.006).

Completando esta hoja de cálculo con los datos manuscritos del documento de PADECASA (folio 1.111) y el presupuesto máximo de la licitación (8.795.733,13 euros) se obtiene el resultado que la CNC resume en una tabla.

En esta licitación la información contenida en el manuscrito de PADECASA (folio 1.111) es insuficiente para cumplimentar la tabla anterior, ya que faltarían las bajas iniciales que habrían ofertado PAVIMENTOS DEL SURESTE, la UTE BECSA RAFAEL

MORALES y ALVARO VILLAESCUSA. No obstante, se ha podido calcular la cuantía total a repartir entre todas las empresas al introducir el presupuesto máximo del pliego de la licitación (8.795.733,13 euros), la baja modificada con la que PAVASAL resultó adjudicataria de la obra (5,25%) y la baja inicial de 27,05% que hubiera ofertado esta empresa sin acuerdo, que sí estaba incluida en el documento de PADECASA (folio 1.111), resultando que la cantidad a repartir entre las 17 empresas, pertenecientes al cartel y participantes en esta licitación, por modificar sus ofertas económicas sería de 1.917.469,82 euros, repartida proporcionalmente entre las empresas en función de las bajas que habrían ofertado sin acuerdo.

4-. 32-CC-3190 (CÁCERES) "N-630. Rehabilitación superficial del firme. Varios pp.kk."

Según la información facilitada por el Ministerio de Fomento como contestación al requerimiento de información formulado por la Dirección de Investigación de fecha de 15 de mayo de 2010 (folio 2.058), la licitación fue convocada el 11 de octubre de 2007, siendo el objeto de la misma la rehabilitación superficial del firme de un tramo de la N-630 en la provincia de Cáceres. El presupuesto máximo de la licitación se fijaba en 2.593.621,40 euros, siendo invitadas 8 empresas a presentar 8 ofertas económicas. La ejecución de la obra fue adjudicada a ECOASFALT con fecha de 3 de junio de 2008 con una oferta de 2.456.159 euros, equivalente a una baja del 5,3%.

Las 8 empresas licitantes y sus correspondientes ofertas fueron: CARIJA, S.A. 2.511.922,33 euros y baja 3,15%; CONSTRUCCIONES SEVILLA NEVADO, S.A. 2.521.000 euros y baja de 2,8%; ECOASFALT, S.A. 2.456.159 euros y baja 5,3%; ASFALTOS Y CONSTRUCCIONES ELSAN, S.A. 2.536.562 euros y baja de 2,2%; EXTRACO CONSTRUCCIONES E PROXECTOS, S.A. 2.461.346 euros y baja 5,1%; GEVORA CONSTRUCCIONES, S. A. 2.478.464,61 euros y baja de 4,44%; MISTURAS OBRAS E PROXECTOS, S.A. 2.563.794 euros y baja de 1,15%; y PAS INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS, SL. (anteriormente denominada PAVIMENTOS ASFÁLTICOS SALAMANCA, S.L.) 2.583.246,9 euros y baja de 0,4%.

Las empresas participantes habrían acordado que la empresa que iba a resultar adjudicataria, ECOASFALT, ofertaría una baja de 5,3%, mientras que las 8 empresas restantes ofertarían bajas inferiores. Fijada la baja vencedora se procedería a calcular la diferencia entre el presupuesto inicial vencedor y el nuevo presupuesto, obteniéndose la cantidad a repartir y la parte correspondiente a cada una de las participantes.

La veracidad del acuerdo descrito se obtiene del análisis de la hoja de cálculo de "Ingresos y Pagos 1.xls" de MISTURAS (folio 1.984), en la que se recoge un pago de ECOASFALT a MISTURAS y EXTRACO por valor de 54.466,05 euros (celda H24, folio 1.984) y 54.466,05 euros (celda H22, folio 1.984), con motivo de una licitación en "630-Cáceres" (celdas E22 y E24, folio 1.984) por presentar ofertas modificadas superiores a la presentada por ECOASFALT (baja de 5,3%), confirmando que el funcionamiento del cártel descrito en las licitaciones anteriores sería de aplicación también en ésta.

Estos pagos de ECOASFALT a MISTURAS y EXTRACO no se han encontrado en las contabilidades de estas empresas.

TERCERO -. Los motivos de impugnación alegados por la recurrente, pueden resumirse como sigue:

- La resolución impugnada es nula de pleno derecho por contener una recalificación de los hechos instruidos sin respetar el trámite de audiencia previsto en el Art. 51 apartado 4 LDC .

- Vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

- De forma subsidiaria: vulneración del principio de culpabilidad por no acoger como atenuante los programas de cumplimiento, detección y control de infracciones implantados en ELSAN.

CUARTO -. Se alega que se ha cambiado la calificación de la infracción imputada a la recurrente sin someterse al preceptivo trámite de alegaciones.

En este caso la propuesta de resolución había considerado que existían 14 cárteles distintos y 14 infracciones, de las que ELSAN habría participado en 4, y la resolución impugnada condena por un único cártel y una única infracción continuada que se habría extendido durante los años 2008 y 2009, sin dar trámite de alegaciones conforme establece el artículo 51.4 LDC .

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.

QUINTO- . La primera parte de la demanda la dedica la actora a la consideración sobre la carencia de elementos probatorios directos que acrediten suficientemente la participación de ELSAN en la infracción, considera que no se ha probado la participación de la recurrente en el acuerdo colusorio. La interpretación conjunta realizada por la Administración del documento manuscrito incorporado al folio 1111 y de los folios 1.108, 1.109, 1.110 y 1.112 es a su juicio caprichosa, y el documento no puede constituir por sí solo prueba de la existencia de la reunión.

El Sr. Víctor , que aparece en los documentos no es directivo ni administrador ni consejero de la actora, sino un trabajador que no tenía la responsabilidad de decidir sobre el importe de las ofertas presentadas. Ni fue invitada ELSA a acudir a reuniones, ni acudió, ni se ha demostrado que contactara con sus competidores.

Sus bajas competitivas fueron presentadas conforme a una racionalidad económica acreditada en el expediente y en los autos (escrito de conclusiones).

En cuanto al documento MISTURAS, la factura por 154.212,85 euros corresponde a trabajos realizados en Borrifans, La Coruña.

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, es preciso analizar los indicios, pero con referencia individualizada a cada una de las licitaciones, pues considera esta Sala que no existe el mismo conjunto probatorio indiciario en los cuatro casos en los que ha sido considerada participante en el cártel por el que se sanciona.

El conjunto indiciario valorado por la Administración se fundamenta en la celebración de reuniones, en las que habría participado 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 de estas reuniones fue la adopción de acuerdos para modificar, incrementando el coste para el ente que adjudica el contrato mediante la disminución del importe de las bajas a ofrecer la oferta a presentar 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 PADECASA, 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 cartel, 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.
- . semejanzas entre los distintos ficheros sobre pagos a realizar.
- . participación en 4 licitaciones (32-A-4240, 32-S-5580, 32-V-5870 y 32-CC-3190). 32-SO-2940 y 4.1-BU-29) y en la reunión de 16 de diciembre de 2008.
- . 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) (folio 5654, 8524).

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 algunos pero no todos 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 la reunión de la que se ha obtenido documentación, y que tomó parte en cuatro licitaciones analizadas, y aparece mencionada en los documentos de los que resulta la existencia del cartel.

SEXTO-. En este caso, hay tres elementos indiciarios que sustentan la participación de la recurrente en el cártel:

- El hecho de haber sido invitada a las licitaciones que indiciariamente fueron pactadas;
- La oferta de bajas inferiores a las que presentó la adjudicataria;
- La asistencia de la reunión celebrada el día 16 de diciembre de 2008.

La asistencia a la reunión ha sido establecida sin lugar a dudas por la Administración.

Según el párrafo 120 del acuerdo:

"(120) La segunda parte del documento (folios 1.111 y 1.112) correspondería a una reunión de 34 empresas, algunas representadas por la misma persona, estando los nombres de las empresas y representantes recogidos en el folio 1.111. Estos nombres y sus teléfonos de contacto fueron manuscritos por cada una de las personas presentes en la reunión. Las empresas participantes y el número de invitaciones recibidas por cada una para participar en licitaciones públicas sí se conocían con anterioridad, puesto que el texto manuscrito se realiza sobre una plantilla con las 34 empresas participantes y el número de invitaciones de cada una escritas a ordenador. "

En el pfo. 133 se indica nuevamente:

*"(133) **Reunión del 16 de diciembre de 2008, en lugar indeterminado (folio 1.111)**. Los documentos "Archivos Excel sobre siete licitaciones" de los folios 1.994 a 2.007 en su esquina superior derecha (celdas E7, F7 y G7) contienen el siguiente texto: "Fecha Reunión..... 16/12/2008". En esta reunión, que se desconoce dónde tuvo lugar, participaron las 34 empresas recogidas en el "Documento manuscrito de PADECASA" (folio 1.111). Algunas de estas empresas estuvieron representadas por la misma persona, escribiendo cada participante en la reunión su nombre y su número de teléfono en el documento de PADECASA (folio 1.111). El objeto de esta reunión habría sido alcanzar un acuerdo sobre el vencedor y las oferta a presentar en cada una de las siete licitaciones públicas recogidas en el "Documento manuscrito de PADECASA" (folio 1.111), también incluidas en el Archivo Excel "Ingresos y Pagos 1.xls" de MISTURAS (folio 1.984). "*

La actora alega que no puede tenerse por acreditada su asistencia a tal reunión porque aunque la celebración de la misma, y en general la veracidad de los datos obrantes en el documento que se elaboró en ella han sido mantenidos por las alegaciones de algunas empresas que aceptan su participación en la reunión, ninguna ha señalado que participara ELSAN en la misma y menos su participación en el acuerdo.

La actora en relación con la participación del que aparece como su representante no impugna sino que contara con "facultades para representarla" lo que implica que si se trataba de un empleado de la empresa, siendo irrelevante la extensión de sus poderes, ya que, a juicio de esta Sala, en este tipo de reuniones para pactar precios no se suele exigir la acreditación formal de la capacidad de comprometerse legalmente en una práctica ilegal. La capacidad de compromiso se demostrará cuando se cumplan o incumplan los pactos.

Resulta, examinados el expediente administrativo y la propia resolución, que a la actora se la considera responsable de la infracción continuada por la CNC con el siguiente fundamento:

- Porque aparece incluida en el documento manuscrito PADECASA como asistente a la reunión de 16 de diciembre de 2008.

- Porque aparece un nombre de una persona que trabaja para la empresa actora, aunque la Administración no ha acreditado que, como afirma, cada participante hubiese manuscrito su nombre, y que concretamente Fructuoso lo hubiera manuscrito.

- Porque fue invitada a participar en las licitaciones.

- Porque participó en cuatro licitaciones y las bajas ofertadas fueron inferiores a la ofertada por la empresa que resultó ganadora.

La actora ofrece explicaciones alternativas a estas circunstancias que la CNC considera pruebas de cargo (o pruebas base sobre las que se construye el razonamiento indiciario):

- El hecho de que se conociera que había sido invitada a participar en estas dos licitaciones no significa que ella misma se lo comunicara a los cartelistas, quienes pudieron enterarse por otros medios.

Esta Sala en anteriores sentencias ha considerado que debe valorarse como especialmente relevante la aparición del documento manuscrito de PADECASA, obrante a los folios 1108 a 1112 del que resultan el pacto de las bajas, el modo de repartir el importe obtenido mediante la elevación de la baja más alta, los modos de pagar las diferencias resultantes a favor de cada participante en el cartel, y las empresas participantes en el reparto. Ahora bien, respecto de la actora si aparece el dato de la baja a ofertar en la liquidación de Valencia, lo que sumado a la asistencia de un empleado suyo a la reunión es prueba bastante para acreditar su participación en la reunión en la que se organizó el cártel sancionado.

Dada la configuración que la CNC hace de la conducta infractora y especialmente de la base de cálculo de la sanción que se considera conforme a derecho y que salvo en el aspecto analizado en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia no ha sido impugnado, esta Sala considera que es necesario, tratándose de conclusiones alcanzadas con base en la prueba de indicios, que todos y cada uno de los indicios estén probados.

Si bien puede entenderse probada una conducta contraria a la Ley de Defensa de la Competencia mediante una serie de indicios que apreciados globalmente permitan establecer los hechos constitutivos de la misma y que como señaló el TGUE en la sentencia de 27 de septiembre de 2006 citada por el Abogado del Estado "*permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes*" estos indicios deben estar debidamente acreditados.

En este supuesto la Sala entiende que se han probado los indicios que sustentan la conclusión de que ELSAN participó en el cartel litigioso en relación con dos licitaciones, la de Cantabria y la de Valencia, y que no se ha probado en relación con otras dos

licitaciones, la de Cáceres y la de Alicante. Entiende esta Sala igualmente que no puede concluirse, como parece entender la Administración, que acreditada su connivencia con los competidores cartelizados respecto a una licitación o dos, las conclusiones puedan extenderse a todas las licitaciones en las que fue invitada ELSAN o en las que participó. Máxime cuando el cálculo de la sanción se fundamenta por la CNC sobre la base que se transcribe:

" 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%. "

En el fundamento jurídico segundo se han reproducido los razonamientos de la CNC en relación con las licitaciones en las que la actora habría pactado la conducta constitutiva de la infracción.

Respecto de la licitación de Valencia, consta que en la reunión se aportó por la actora el dato de su baja. Tal presencia se tradujo por tanto en la aportación de los datos necesarios para llevar a cabo la práctica contraria a la LDC: el documento recogería el listado de las empresas invitadas a participar en determinadas licitaciones, lo que por sí solo no basta para entender que asistió a la reunión, pero si se suman los elementos constatados, identidad de su representante y aportación de datos que solo puede conocer la empresa, su cifra de baja inicial, resulta que asistió y colaboró en la adopción de un acuerdo. En nuestro caso, el dato de la aparición de la empresa en el documento obrante al folio 1111 del expediente junto a los otros elementos que prueban su asistencia permiten concluir que pactó con otras empresas invitadas a determinadas licitaciones la organización de un mecanismo para acordar la coordinación entre las empresas invitadas a presentar oferta económica en los términos descritos en los fundamentos jurídicos segundo y cuarto de esta sentencia.

En relación con la licitación de Cantabria, consta además el controvertido pagaré por importe que resulta ser exactamente el que le corresponde como pago por las operaciones infractoras litigiosas. Es cierto que, como alega la recurrente, existe una factura de MISTURAS en el folio 2238 del expediente según la cual y puesta en relación con los documentos que aportó la recurrente sobre la existencia de una obra denominada "Caminos de concentración parcelaria en Borrifans (La Coruña)" correspondería ese pago (folios 5227y 5228) a tal obra.

Esta Sala considera que dos documentos privados elaborados por la propia actora no son bastante para concluir lo que pretende acreditar: en otros supuestos de pagarés correspondientes a este expediente de MISTURAS por cuantías que cuadran totalmente con las sumas que resultarían de llevar adelante el pacto, igualmente aparecen menciones a obras que supuestamente justificarían la emisión de esos pagarés, y que igualmente coinciden con las cifras que resultan de las operaciones contrarias a la ley. Por otra parte, de los documentos obrantes a los folios 3777 y 3776, relativos a la "obra ejecutada" en los años 2009 y 2008, no aparece tal obra de Borrifans, salvo que se entendiese que a la misma hace referencia la mención a "dos obras caminos rurales" (folio 3777) pero no coincide el importe.

Con este fundamento, entiende la Sala igualmente probada la participación de ELSAN en relación con la licitación de Cantabria.

Respecto de la licitación de Cáceres, esta Sala considera que no hay prueba alguna, pues la mera participación en una licitación a la que fue invitada, cuya baja a ofertar se habría pactado en una reunión que tuvo lugar con posterioridad a llevarse a cabo la licitación, no constituye fundamento para la conclusión obtenida por la CNC.

Respecto de la licitación de Alicante si bien figura como participante en la licitación no se ha acreditado que la actora pusiera en conocimiento de sus competidores la baja que pensaba ofertar. No se ha acreditado por la Administración, a quién corresponde la carga de la prueba que la cifra de baja ofertada fuese pactada, ni cual fuera su baja inicial ni que la hubiera modificado para facilitar el acuerdo.

Debe en consecuencia estimarse en parte el recurso, declarando probada la participación de ELSAN en dos licitaciones. En estas, la Sala considera que es irrelevante el hecho de que las ofertas que finalmente presentó guardaran racionalidad económica con su situación empresarial, pues la conducta se configura a partir de la puesta en común de los propósitos de los competidores, el pacto de sostener a quién inicialmente había previsto una baja más alta, y de mantener una baja inferior, que se pacta ofrecer a la Administración, con el consiguiente reparto de beneficios ilícitos.

Alega la recurrente que se ha vulnerado el principio de culpabilidad por no acoger como atenuante los programas de cumplimiento, detección y control de infracciones implantados en ELSAN. La mera existencia de un código ético dentro de un grupo empresarial no basta para apreciar la circunstancia atenuante de la responsabilidad alegada. Las declaraciones de obligación de respeto a la legalidad, no reflejan un plus ni el compromiso de respeto a la libre competencia en una breve declaración de principios basta para entender que una actuación tan grave como la que ha sido acreditada en el expediente litigioso deba quedar sin sanción o con una sanción mínima.

SEPTIMO -. Conforme a lo razonado procede estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo anulando la resolución impugnada en la parte en que acuerda imponer a ELSAN una multa de 2.353.115 euros sobre la base de que participó en cuatro licitaciones. La CNC deberá calcular de nuevo el importe de la sanción que corresponde imponer a esta empresa, con fundamento en los parámetros que ella misma establece en la resolución litigiosa y sobre la base de que ELSAN únicamente participó en dos de las licitaciones que se encuentran en la base de la conducta.

OCTAVO- . 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 5 de diciembre de 2011 pero estimándose en parte el recurso, no procede la condena al pago de las costas.

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

FALLAMOS

Que debemos **ESTIMAR EN PARTE Y ESTIMAMOS** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **ASFALTOS Y CONSTRUCCIONES ELSAN S.A.** contra el Acuerdo dictado el día 19 de octubre de 2011 por la Comisión Nacional de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia el cual anulamos en los términos y con las consecuencias establecidas en el fundamento jurídico séptimo de esta sentencia. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica de Poder Judicial .

Así , por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Iltra. Sra. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.