

Id. Cendoj: 28079230062013100086
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 26/02/2013
Nº de Recurso: 646/2011
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: LUCIA ACIN AGUADO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Defensa de la Competencia. Expediente de Asfaltos. Firma del Presidente cesado no vulnera las reglas esenciales de formación de la voluntad de los órganos colegiados. Facultad del Consejo de modificar la calificación siempre que no se alteren los hechos. No acreditado se haya ocasionado indefensión por falta de audiencia. Graduación de la infracción: mercado afectado, duración, situación de crisis y concreta situación financiera de la empresa.

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a veintiseis de febrero de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo nº 646/2011 que ante esta **Sección Sexta** de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **BECSA SA** representada por la Procuradora de los Tribunales D^a Concepción Calvo Mejide contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 19 de octubre de 2011 expediente S/00226/10 licitaciones de carreteras. La Administración demandada ha estado representada y defendida por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso es de 717.965 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO : La representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo el 5 de diciembre de 2011 contra la resolución indicada en el encabezamiento de esta sentencia ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Se turnó a la sección sexta donde fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo. Presentada demanda el 14 de mayo de 2012 solicitó *"tenga por formulada demanda contencioso-administrativa contra la resolución adoptada por el Consejo de la Comisión Nacional de Competencia el 19 de octubre de 2011, resolución que deberá ser declarada contraria a derecho en su integridad, y como consecuencia de ello anuladas en sus declaraciones e intimaciones,*

incluida la multa impuesta a mi mandante. Subsidiariamente, para el caso de que la Sala a la que tengo el honor de dirigirme estime los argumentos de nulidad de la resolución, estime la anulación o reducción sustancial de la multa de 717.965 euros impuesta a BECSA por las razones que han sido expuestas a lo largo del presente escrito y particularmente en cuanto a la reducción, en atención a los motivos señalados en el tercer fundamento de derecho”.

Se emplazó al Abogado del Estado que contestó a la demanda mediante escrito de 11 de julio de 2012. Solicitado el recibimiento a prueba y practicadas las declaradas pertinentes se presentaron conclusiones por las partes. Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo el 5 de febrero de 2013 lo que se efectuó para el 19 de febrero de 2013.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente Doña LUCIA ACIN AGUADO, Magistrada de la Sección.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO: El acto recurrido es la resolución de 19 de noviembre de 2011 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dictada en el expediente S/00226/10 licitaciones de carreteras.

En la parte dispositiva declara acreditado la comisión por las empresas sancionadas de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007 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”* Declara responsable entre otras a la recurrente y acuerda imponerle una multa de 717.965 euros.

El mecanismo de coordinación operaba en licitaciones públicas de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas organizadas en base al procedimiento restringido en el que las empresas invitadas a presentar una oferta económica en las referidas subastas celebraron reuniones con el objeto de poner en común para una o varias licitaciones las ofertas que presentarían bajo condiciones competitivas. Una vez conocidas estas bajas competitivas (o bajas iniciales) las empresas habrían acordado que la empresa que, de acuerdo con dichas bajas, hubiera resultado vencedora de la subasta, fuera efectivamente la adjudicataria final de la misma, pero acordando para todas las empresas una nuevas bajas (bajas modificadas) que serían las que efectivamente presentaría cada una de ellas y que serían inferiores a las que habrían presentado en condiciones de competencia. A continuación las bajas competitivas de cada empresa y la nueva baja acordada por el vencedor eran incluidas junto con el presupuesto máximo de cada obra (obtenido de los pliegos) en las hojas de cálculo preparadas para cada licitación, obteniéndose la diferencia monetaria a repartir y la cantidad correspondiente a cada empresa por participar en la licitación modificando su oferta económica prevista. (apartado 8 de los antecedentes de hecho).

Señala la CNC que al menos en 14 licitaciones públicas ha operado el citado mecanismo. En lo que respecta a BECSA la resolución le imputa haber participado en 7 de las 14 subastas a las que se refiere la resolución: subasta 32-A-4240 (Alicante), 32-AB-4420 (Albacete), 32-AV-2790 (Ávila) 32-MU-5630 (Murcia). 32-S-5580 (Cantabria), 32-SO-2940 (Soria) y 32-V-5870 (Valencia).

En cuanto a los efectos señala que en al menos ocho de los catorce concursos analizados en este expediente, según obra en el HP 8, la conducta ilícita aquí perseguida ha ocasionado un perjuicio al erario público, a las cuentas públicas, y en definitiva a los contribuyentes que asciende a la cifra de 14.185.735,06 euros por la diferencia entre la baja que hubiera presentado en condiciones competitivas (alrededor de una media del 30% sobre el presupuesto máximo de licitación) y la finalmente presentada tras esa "subasta previa" (que se reducía en media a un 3% del presupuesto de licitación)

SEGUNDO: Al objeto de fundamentar el recurso realiza las siguientes alegaciones:

1. Infracción de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.
2. Vulneración del derecho fundamental de defensa por cambio de la calificación jurídica sin haberse dado audiencia.
3. Nulidad de la resolución ya que las pruebas han sido obtenidas en el marco de unas inspecciones que tenían un objeto distinto.
4. Cuantía de la sanción.

TERCERO: La actora alega en primer lugar que la resolución es nula de pleno derecho porque se ha producido la infracción de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados (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 y este no podía intervenir en la adopción del acuerdo porque el Real Decreto 1421/2011 de 14 de octubre acordó su cese.

Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2012 que se remite a las sentencias de 15 de marzo de 1991 y 19 de febrero de 2008 *"tienen el carácter de reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados las siguientes:*

- a) Las que afectan a la convocatoria de los miembros componentes de tales órganos, en cuanto que afectan a la asistencia de los mismos y al preciso conocimiento de los asuntos a tratar en la correspondiente sesión.*
- b) Las que se refieren a la elaboración y ulterior comunicación del orden del día, en tanto que comprenden las materias objeto de deliberación y, en su caso, posterior aprobación.*
- c) Las que establecen un determinado quórum de asistencia y votación, en la medida que determinan la pormenorizada participación en la sesión de que se trate.*
- d) Las que comprenden el sentido preciso de la deliberación de los distintos asistentes, en orden a identificar la específica votación de cada uno de esos asistentes.*
- e) Las que determinan la concreta composición del respectivo órgano colegiado, con particular e ineludible intervención del presidente y del secretario, además de los vocales o restantes miembros, a los efectos de precisar el número, calidad y circunstancias de los mismos, con expresa nominación individual y con una específica y*

detallada referencia a la condición en que intervienen en cada caso, según las funciones que legalmente les puedan corresponder. "

En este caso a la vista de la citada jurisprudencia no puede apreciarse infracciones de las reglas esenciales de la formación de la voluntad de los órganos colegiados ya que no alega el recurrente vulneración de ninguna de estas reglas y en concreto en este caso de las establecidas en el artículo 26 a 30 del Estatuto de la Comisión Nacional de la Competencia aprobado por Real Decreto 331/2008, de 29 de febrero referidas a la convocatoria, celebración de sesiones (presencia del Presidente y al menos tres Consejeros e inclusión en el orden del día), deliberación, y por último la adopción de acuerdo estableciendo el artículo 30 que *"Los acuerdos serán adoptados por mayoría de votos de los miembros presentes. En caso de empate, éste será dirimido por el Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia mediante su voto de calidad"*

Durante todas estas fases el Presidente del Consejo ostentaba tal condición, por lo tanto no se ha producido vulneración alguna de las reglas esenciales de la formación de la voluntad de ese órgano colegiado. Hay que tener en cuenta que la finalidad del artículo 62.1. e) es que en el proceso de formación de la voluntad del órgano colegiado se respeten las reglas esenciales del procedimiento. Una vez deliberado y votado el asunto, la formulación escrita del acto es la expresión de la decisión previamente adoptada, por lo que el hecho de que la resolución del Consejo se haya dictado días después del cese del Presidente no determina que se hayan vulnerado las reglas esenciales de formación de la voluntad de ese órgano colegiado ya que lo relevante a efectos de la declaración de nulidad es que en ese proceso (convocatoria, deliberación y votación) se respeten esas reglas esenciales teniendo tal carácter las fijadas por el Tribunal Supremo en sentencias de 15 de marzo de 1991 , 19 de febrero de 2008 , 9 de diciembre de 2011 y 23 de febrero de 2012 .

A esta misma conclusión llegamos en nuestra sentencia de 25 de octubre de 2012 dictada en el recurso 698/2011 en la que dijimos siguiente:

"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 "

CUARTO: Vulneración del derecho fundamental de defensa. Considera el recurrente que se ha producido una modificación en la calificación de la infracción puesto que la

Dirección de Investigación considera que existen 14 carteles y en cambio el Consejo considera que se trata de una infracción única. Entiende que ello le ha ocasionado indefensión ya que no se ha dado la oportunidad a las empresas imputadas de pronunciarse al respecto.

Aun cuando pudiera entenderse que ha habido una recalificación, no determinaría en ningún caso la anulación de la resolución recurrida dado que no se ha producido una alteración de los elementos fácticos contenidos en el pliego de cargos sino una distinta valoración jurídica de los mismos. Los hechos han permanecido inalterables y se basan en las mismas pruebas. Este cambio de calificación jurídica sin alterar los hechos contenidos en el pliego de cargos puede ser realizado por el Consejo, al estar previsto en el artículo 51.4 de la LDC siempre que se de audiencia al interesado. *"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"*. En este caso no se ha dado audiencia al interesado, pero no razona el recurrente por qué se le ha causado indefensión, teniendo en cuenta que en el recurso contencioso-administrativo no argumenta que la calificación efectuada por el Consejo sea incorrecta.

QUINTO : Considera que el procedimiento administrativo ha vulnerado los derechos legítimos de defensa ya que no ha tenido acceso completo a todos los elementos de prueba y a toda la información que obra en el expediente de la Comisión a excepción de aquella información contenida en documentos internos o de carácter confidencial. No concreta el recurrente a que documentos se refiere y de hecho ni siquiera alega que presentara solicitud en ese sentido durante la tramitación del expediente administrativo y le fuera denegada, por lo que la misma debe ser desestimada.

Hace referencia en el mismo apartado a que determinada documentación no debía haberse incorporado a este expediente *"S/ 0026/10 licitaciones de carreteras"* ya que era documentación recabada por la CNC en el marco de las inspecciones a empresas involucradas en el expediente *"S/0192/09 Asfaltos"*. Cita la sentencia del TJUE Dow Chemical Ibérica que establece que la delimitación del objeto de las inspecciones en materia de competencia constituye un requisito esencial que afecta al derecho de defensa de las propias empresas afectadas y que la jurisprudencia comunitaria ha establecido que los derechos de defensa de las empresas se verían palmariamente afectados si un órgano administrativo pudiese invocar en el marco de un procedimiento de infracción de la normativa de defensa de la competencia pruebas obtenidas durante inspecciones ajenas al objeto y a la finalidad de estas. Señala que *"esta es precisamente la situación en que se encuentra BECSA una empresa imputada en función de unas pruebas obtenidas en el marco de unas inspecciones que tenían un objeto distinto y un expediente sancionador en el cual no ha sido parte"*.

La recurrente parte de un error en su razonamiento al considerar que *"las pruebas han sido obtenidas en el marco de unas inspecciones que tenían un objeto distinto"*. No explicita las razones por las que afirma que las inspecciones tenían un objeto distinto sino sólo que a raíz de esas inspecciones se abrieron dos expedientes distintos uno en el mercado de las licitaciones para conservación de las carreteras y otro en el mercado de suministros de asfaltos.

Tal como señala el Abogado del Estado consta en la orden de investigación de 9 de octubre de 2009 relativa a cada una de las compañías (tomo I expediente DI ejemplo

folio 152) que el objeto de la misma era *"verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de la entidad que pudieran constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC consistentes en general, en acuerdos para el reparto de mercado, la fijación de precios, la fijación de condiciones comerciales, así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir al cierre de los mercados de contratación, suministro y ejecución de obras. Asimismo, la inspección también tiene por objeto verificar si los acuerdos citados se han llevado a la práctica"*.

El objeto así delimitado se contiene a su vez en los respectivos autos de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo autorizando entrada en cada una de las sedes sociales de las compañías. Resulta claro tal y como establece la resolución impugnada que el objeto de la actividad inspectora era la búsqueda de indicios de acuerdos anticompetitivos adoptados por las empresas en el ámbito *" en general de la contratación, suministro y ejecución de obras "*. El ámbito, por lo tanto abarca la posterior incoación de los dos referidos expedientes y, en cualquier caso, el que aquí nos ocupa. El desarrollo de una inspección puede dar lugar a tantos expedientes sancionadores como infracciones se detecten mientras dicha documentación forme parte del objeto de la inspección ejecutada. Por lo tanto la división en dos expedientes de las infracciones investigadas y la documentación encontrada resulta ajustada a derecho al encontrarse ambos expedientes dentro del objeto de la inspección domiciliaria, sin que en el escrito de demanda haya planteado que la orden de investigación fuera imprecisa en cuanto a su objeto.

SEXTO : No discute el recurrente en este recurso su participación a través de un empleado en las prácticas colusorias imputadas. Por otra parte durante la instrucción del expediente ante la Dirección de Investigación reconoció que un empleado suyo asistió a la reunión de 16 de diciembre de 2008 y que recibió compensaciones en base al mecanismo de colusión establecido, aportando factura del pago que recibió. Como consecuencia de ello se le ha reconocido una reducción de la multa del 15%. Lo que cuestiona el recurrente es la graduación de la sanción con base a los siguientes motivos.

- 1) Delimitación incorrecta del mercado afectado.
- 2) Error en la determinación de la duración de la infracción.
- 3) Vulneración del principio de proporcionalidad.
- 4) Ausencia de consideración del contexto económico del sector de la construcción y la particular situación del recurrente.

- 1) En cuanto a la delimitación del mercado afectado.

En este caso la resolución de la CNC establece en su fundamento de derecho séptimo que el ámbito en el cual la infracción es susceptible de producir efectos y por lo tanto que se debería considerar como referencia a efectos del cálculo del importe básico de la sanción la totalidad de las licitaciones públicas del ámbito de la conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas. Discrepa el recurrente por las siguientes razones 1) la resolución recurrida considera que los comportamientos analizados constituyen una infracción global a nivel nacional cuando en la práctica existen impedimentos físicos, técnicos y económicos para realizar las actividades de construcción y rehabilitación en firmes y plataformas a nivel supra-regional. 2) la resolución no hace distinción alguna entre licitaciones restringido

y aquellas de carácter abierto cuando en la práctica todas las licitaciones objeto del expediente eran de carácter restringido y con invitación previa y 3) la resolución considera de igual modo las licitaciones de firmes y plataformas cuando en la práctica son dos mercados distintos. Entiende que todo ello ha desembocado en una extensión artificial del mercado relevante, lo que ha provocado a su vez la imposición de una sanción totalmente desproporcionada.

Hay que tener en cuenta que la delimitación exacta del "*mercado relevante*" no es necesaria para determinar la existencia de una infracción tipificada en el artículo 1 de la LDC, cuando se trata de acuerdos que, por su contenido y finalidad, objetivamente se puede concluir sin mayor análisis que son anticompetitivos por su objeto, que es lo que sucede en este caso. Ahora bien hay que tener en cuenta que "*el mercado afectado*" es uno de los factores que conforme al art. 64.1.a) de la LDC 15/2007 la autoridad de competencia se debe tener en cuenta para determinar el importe de la sanción, y de acuerdo con la Comunicación de la CNC sobre cuantificación de las sanciones de 2009 sirve para determinar el volumen de ventas afectado por la infracción, que se toma como importe básico de la sanción (párrafos 9 a 11 de la Comunicación). Discute el recurrente el mercado geográfico afectado por la conducta infractora ya que uno de los elementos de construcción más importantes para la rehabilitación de firmes son las mezclas bituminosas en caliente, lo que determina que no se puedan desarrollar la actividad de rehabilitación de firmes y/o plataformas en un radio superior a 2-3 horas de transporte (unos 200 km máximo desde las instalaciones de la empresa constructora). Hay que precisar que el concepto mercado afectado por la conducta infractora, como criterio a tener en cuenta para graduar la sanción no viene determinado por el territorio en el que las condiciones de competencia son homogéneas sino por el espacio geográfico en el que la infracción analizada haya producido o sea susceptible de producir efectos sobre las condiciones de competencia efectiva. Afirma el recurrente que no podía presentar licitaciones competitivas en todo el territorio nacional para la construcción de firmes sino que su capacidad operativa para asfaltos se circunscribe única y exclusivamente al espacio geográfico de Madrid y Costa de Levante. Esta afirmación del recurrente se ve contradicha por el hecho que no sólo participó en licitaciones en esos ámbitos geográficos sino que lo hizo en otras provincias. Aun admitiendo que no tenía capacidad para realizar las licitaciones fuera de éste ámbito geográfico, el hecho es que contribuyó con su conducta a elevar artificialmente el precio de adjudicación al participar en mecanismos de coordinación fuera de las zonas geográficas en las que según afirma tenía capacidad operativa para realizar la obra licitada, presentando la baja que se acordó en la correspondiente reunión y contribuyendo a crear una apariencia de competencia de ofertas entre los distintos licitadores y a facilitar la adjudicación a un tercero coordinado que presentó una baja inferior a la que inicialmente había proyectado.

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

acuerdo con la LCSP los órganos de contratación deben tratar de que los precios se ajusten a los que dicta el mercado. Así, el artículo 76.2 dispone sobre el cálculo del valor estimado de los contratos:

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

Considera errónea la inclusión de las licitaciones realizadas para la conservación, mejora, renovación y rehabilitación de plataformas y entiende que debía haber quedado limitado a las licitaciones para la rehabilitación y refuerzo de firmes. Esta alegación es irrelevante para resolver este concreto recurso ya que la propia BECSA reconoce que *“en la práctica empresas como BECSA se ven totalmente excluidas de los proyectos de construcción de plataformas al verse imposibilitadas debido a su tamaño y limitada capacidad”* y en este caso se ha tomado como volumen de ventas afectado para el cálculo de la infracción la facturación concreta de cada empresa en rehabilitación en los negocios de conservación, mejora, refuerzo, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas. Por tanto si no ha facturado por proyectos relacionados con rehabilitación de plataformas no se ha tenido en cuenta para el cálculo del importe de la multa.

2) En cuanto al error en la determinación de la duración de la infracción.

En el caso de BECSA el volumen de ventas afectado que tiene en cuenta la CNC se extiende a la facturación de la empresa durante 13 meses de diciembre de 2008 a diciembre de 2009. Entiende que debía quedar limitado la duración máxima para la fijación del cómputo de la sanción en 4 meses ya que la única licitación discutida durante dicha reunión que fue adjudicada a BECSA es de 7 de abril de 2009. O en su caso debía quedar limitada a 7 meses al ser el 17 de junio de 2009 cuando se adjudicó la adjudicación de la última licitación discutida en la reunión de diciembre de 2008. Tal como señala la CNC no se puede considerar que la infracción cesa con la presentación de la oferta o incluso con la adjudicación de la licitación cuando se ha podido comprobar que los pagos de las compensaciones seguían operando a posteriori. Por otro lado, tras la adjudicación todavía ha de ejecutarse la obra licitada y el impacto sobre el presupuesto público de las bajas distorsionadas no se ha producido. Por lo tanto no se considera desproporcionado considerar al objeto de calcular el importe de la multa de los que han participado en las licitaciones adjudicadas en 2009 acordadas en la reunión de 16 de diciembre de 2008 el importe correspondiente a un mes de facturación de 2008 (prorrateando entre 12 el volumen de ventas del ejercicio) y el volumen de negocios del 2009.

3) En cuanto a la vulneración del principio de proporcionalidad

Considera que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad ya que las licitaciones que han sido objeto del cartel no eran homogéneas en su cuantía y por otro lado la recurrente BECSA solo ha sido adjudicataria de una licitación. Efectivamente esos datos son ciertos pero no se aprecia se vulnere el principio de proporcionalidad teniendo en cuenta que la infracción imputada es un único cartel y por otra parte aun cuando sólo ha sido adjudicataria de una licitación, ha participado en otras 6 habiendo percibido la correspondiente compensación. Como indica la resolución recurrida al tomar el volumen de negocios de las empresas en las licitaciones de rehabilitación de

carreteras se tiene en cuenta el peso en el mercado afectado de las diferentes empresas responsables pero al mismo tiempo el porcentaje a aplicar al volumen de negocios afectado para el cálculo de la sanción se eleva en función del mismo número de licitaciones en que la colusión está acreditada y la empresa ha participado. De esta manera, la conjunción de los criterios "volumen de negocio afectado" y "grado de implicación en la infracción" contribuyen a garantizar la proporcionalidad de la sanción sobre bases objetivas.

4) Hace referencia el recurrente al difícil contexto del sector de la construcción y a que la sanción agravaría la complicada situación financiera de la empresa. Pretende el recurrente en definitiva que se minore el importe de la multa teniendo en cuenta su situación financiera deficitaria. El artículo 35 de las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) no 1/2003 (35) establece que *En circunstancias excepcionales, la Comisión podrá, previa solicitud, tener en cuenta la incapacidad contributiva de una empresa en un contexto económico y social particular. La Comisión no concederá por este concepto ninguna reducción de la multa por la mera constatación de una situación financiera desfavorable o deficitaria. La reducción sólo podrá concederse sobre la base de pruebas objetivas de que la imposición de una multa, en las condiciones fijadas por las presentes Directrices, pondría irremediablemente en peligro la viabilidad económica de la empresa en cuestión y conduciría a privar a sus activos de todo valor .*

En derecho español a diferencia del derecho comunitario no existe un precepto similar pero ello no impide a juicio de esta Sala que la CNC esté facultada para reducir una multa si existen pruebas objetivas de que la imposición de una multa, pondría irremediablemente en peligro la viabilidad económica de la empresa en cuestión y conduciría a privar a sus activos de todo valor. En este sentido el artículo 64 LDC 2007 aunque no establece expresamente como circunstancia atenuante la incapacidad contributiva de la empresa, no contiene un número clausus de circunstancias a considerar. Por otra parte el apartado cuarto de la comunicación de cuantificación de las sanciones establece en el apartado cuarto la facultad de la CNC de aplicar otros criterios de cuantificación de las multas de forma motivada, por lo que no le está vedado a la CNC realizar reducciones de multa teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso y ello acorde con el principio de proporcionalidad que con carácter general debe aplicarse en la imposición de multas.

Ahora bien la reducción de las multas por la situación financiera deficitaria de una empresa constituye una facultad y no una obligación de la Comisión. Como señala la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 13 de diciembre de 2012 (asunto Novacke chemicke/ Comisión Europea, T-352/09) "(238) *procede recordar que la jurisprudencia reiterada citada en el apartado 186 anterior, según la cual la Comisión no está obligada a tomar en consideración la situación financiera deficitaria de una empresa al determinar el importe de la multa, no significa que no pueda hacerlo (sentencia Carbone-Lorraine/Comisión, [TJCE 2008, 222] citada en el apartado 58 supra , apartado 314). En efecto, la necesidad de observar el principio de proporcionalidad puede oponerse a la imposición de una multa que vaya más allá de lo que constituye una sanción apropiada de la infracción declarada y que podría poner en peligro la propia existencia de la empresa afectada. Ello resulta aún más cierto habida cuenta de que la desaparición de una empresa del mercado controvertido tendrá necesariamente un efecto nocivo para la competencia.*"

Este apartado ha sido aplicado por la Comisión de manera muy excepcional y después de una cuidadosa revisión de las condiciones establecidas que requiere 1) existencia de

un contexto económico y social particular 2) el pago de la multa ponga en peligro la viabilidad económica de la empresa. Por lo tanto es necesario que exista una relación de causalidad entre el pago de la multa y su incidencia en la viabilidad de la empresa, es decir que los efectos adversos serán causados por el pago de la multa y no por otros factores 3) conlleve la pérdida de valor de activos no siendo suficiente la existencia de una situación de quiebra o insolvencia si no se traduce en una pérdida de valor de los activos. La prueba corresponde a la interesada.

Respecto al alcance del apartado 35 se ha pronunciado el Tribunal General de la Unión Europea en sentencia de 13 de diciembre de 2012 (asunto Novacke chemicke/ Comisión Europea, T-352/09) en el que señala

"(185) Antes de analizar las alegaciones formuladas por la demandante en apoyo de su segundo motivo, procede analizar la finalidad y la interpretación del apartado 35 de las Directrices.

(186) Según reiterada jurisprudencia, en principio, la Comisión no estaba obligada a tomar en consideración la situación financiera deficitaria de una empresa al determinar el importe de la multa, ya que el reconocimiento de tal obligación equivaldría a procurar una ventaja competitiva injustificada a las empresas menos adaptadas a las condiciones del mercado (sentencias Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 47 supra, apartado 327; sentencias del Tribunal de 19 de marzo de 2003, CMA CGM y otros/Comisión, T-213/00 , Rec. p. II-913, apartado 351, y Tokai Carbón y otros/Comisión, citada en el apartado 43 supra, apartado 370).

(187) Por otra parte, según reiterada jurisprudencia, el Derecho de la Unión, como tal, no prohíbe que una medida adoptada por una autoridad de la Unión provoque el concurso o la liquidación de una determinada empresa. La liquidación de una empresa en su forma jurídica en cuestión, aunque puede perjudicar a los intereses financieros de los propietarios, accionistas o titulares de acciones, no significa sin embargo que los elementos personales, materiales e inmateriales representados por las empresas pierdan, ellos también, su valor sentencias del Tribunal Tokai Carbón y otros/Comisión, citada en el apartado 43 supra , apartado 372; de 29 de noviembre de 2005 Heubach/Comisión , T-64/02, Rec. p. II-5137 apartado 163, y de 28 de abril de 2010 BST/Comisión, T-452/05 , Rec. p. II-1373, apartado 96)"

(189) De ello se desprende que el mero hecho de que la imposición de una multa por haber infringido las normas sobre competencia pueda provocar la situación concursal de la empresa de que se trate no basta para la aplicación del apartado 35 de las Directrices (LCEur 2003, 1). En efecto, de la jurisprudencia citada en el apartado 187 anterior resulta que, si bien el concurso de una empresa perjudica a los intereses financieros de los propietarios o de los accionistas afectados, ello no significa necesariamente la desaparición de la empresa en cuestión. Ésta puede continuar a existir como tal, ya sea, en caso de recapitalización de la sociedad declarada en concurso de acreedores, como persona moral que garantiza la explotación de dicha empresa, o, en caso de adquisición global de los elementos de su activo, y en consecuencia, de la empresa como entidad que ejerce una actividad económica, por otra entidad. Tal adquisición global puede producirse o bien por una compra voluntaria o bien por una venta forzada de los activos de la sociedad concursada con el mantenimiento de la explotación".

En este caso, no consta que se haya superado la multa el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de

imposición de la multa porcentaje fijado en el artículo 63 por el legislador, precisamente con el objeto de que el pago de las multas no implique la desaparición de la empresa. Por otra parte el interesado no puso de manifiesto durante la tramitación del expediente que la posible multa que se le pudiera imponer (no conocía su importe, pero sí cual era el límite máximo) incidiera en su situación financiera-patrimonial de tal modo que le impediría continuar su actividad empresarial. Tampoco consta acreditado exista imposibilidad de renegociar la deuda bancaria, de recibir aportaciones de capital de otras sociedades o accionistas o incluso de la transmisión de los elementos del activo a un tercero para continuar la actividad empresarial requisitos exigidos por la jurisprudencia comunitaria para aplicar una reducción de la multa tal como establece, la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea 13 de diciembre de 2012 (asunto Novacke chemicke/ Comisión Europea, T-352/09).

SEPTIMO: De conformidad con el artículo 139.1 de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998 en la redacción dada por la reforma operada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre de medidas de agilización procesal al haberse desestimado el recurso y no apreciando que el caso presente serias dudas de hecho o de derecho se imponen las costas a la parte actora

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR

el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **BECSA SA** contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 19 de octubre de 2011 expediente S/00226/10 licitaciones de carreteras. Se imponen las costas a la parte actora

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual se remitirá junto con el expediente administrativo a la Oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- La anterior sentencia fue leída y publicada en la forma acostumbrada por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, hallándose constituido en audiencia pública, de lo que yo el Secretario, doy fe.