

Id. Cendoj: 28079230062013100087
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 05/03/2013
Nº de Recurso: 566/2011
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: LUCIA ACIN AGUADO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Defensa de la Competencia. Asfaltos. explicación alternativa no convincente. relevancia jurídica del reconocimiento de hechos por parte de algunas de las empresas imputadas. Cuantificación de la sanción: superación del límite establecido para el importe básico de la sanción se reduce la multa. Valoración de la capacidad contributiva de la empresa. insuficiente análisis de la CNC al considerar que la situación financiera de una empresa en particular no debe modular el importe de la sanción más allá de lo que ya implica tomar como base su volumen de ventas afectado.

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a cinco de marzo de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo nº 566/2011 que ante esta **Sección Sexta** de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha **promovido MISTURAS OBRAS E PROXECTOS SA** representada por el Procurador de los Tribunales D. Manuel Lanchares Perlado contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 19 de diciembre 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 1.601.900 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO : La representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo el 31 de octubre 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 11 de mayo de 2012 solicitó " *dicte sentencia por la que estimando el presente recurso:*

"(i) declare no ser ajustados a Derecho los Ordinales Primero y Segundo de la resolución recurrida en lo que respecta a Misturas Obras e Proxectos Sa, y en consecuencia los anule.

(ii) Subsidiariamente, declare no ser ajustada a Derecho la resolución recurrida en lo que se refiere a la sanción pecuniaria impuesta a MISTURAS OBRAS E PROXECTOS SA y en su virtud anule el Ordinal Segundo de la parte dispositiva de dicha resolución o , en su defecto, lo modifique reduciendo sustancialmente la sanción impuesta;

(iii) Y en cualquiera de los casos anteriores, con expresa imposición de costas a la Administración demandada y ordenando a la CNC la publicación, a su costa, de la parte dispositiva de dicha sentencia" .

Se emplazó al Abogado del Estado que contestó a la demanda mediante escrito de 29 de junio de 2012. No solicitado el recibimiento a prueba 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 26 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 1.859.885 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 MISTURAS la resolución le imputa haber participado en 12 subastas.

Por una parte las licitaciones para la rehabilitación y refuerzos de firmes convocadas y adjudicadas por la Dirección General de Carreteras del Ministerio de Fomento con anterioridad al 16 de diciembre de 2008 y en la que la resolución imputa a Misturas su participación en un acuerdo colusorio. Asturias 32-O-5460, Pontevedra 32-PO-3270, León 32-LE-400 y Cáceres 32-CC-1390 (en adelante licitaciones de 2008).

Por otra parte 7 licitaciones para la rehabilitación y refuerzo de firmes adjudicadas por la Dirección General de Carreteras del Ministerio de Fomento entre el 1 de abril y el 17 de junio de 2009: Albacete 32-AB-4420, Soria 32-SO-2940, Cantabria 32-S- 5580, Ávila 32-AV-2970, Alicante 32-A 4240, Murcia 32-MU-5630 y Valencia 32-V-5870 (en adelante licitaciones de 2009). Por último la licitación correspondiente a la obra de Burgos 4-1 -BU-29 adjudicada el 29 de julio de 2009 por Provilsa (licitación Provilsa).

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. No existe prueba suficiente en el expediente administrativo que acredite que Misturas formó parte del mecanismo colusorio y consiguiente reparto de beneficio ilícito correspondiente a 12 de las 14 licitaciones.

2. En cuanto a la cuantificación de la sanción indica que la comunicación sobre cálculo de las sanciones no permite imponer a Misturas una sanción superior al 20% del volumen de negocios obtenido en el mercado afectado, la valoración exclusiva del número de licitaciones como criterio modulador de la sanción supone una vulneración del principio de proporcionalidad y la CNC no ha valorado la incapacidad contributiva de Misturas en el cálculo de la sanción.

TERCERO : Considera el recurrente que no existe prueba suficiente en el expediente administrativo que acredite que Misturas formó parte del mecanismo colusorio y consiguiente reparto de beneficio ilícito correspondiente a 12 de las 14 licitaciones.

Como señala la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 3 de marzo de 2011 Caso Siemens/Comisión, asunto T- 110/07 al referirse a la carga de la prueba:

45...."En atención a la naturaleza de las infracciones contempladas, así como a la naturaleza y grado de severidad de las sanciones correspondientes, el principio de la presunción de inocencia se aplica a los procedimientos relativos a violaciones de las normas de competencia aplicables a las empresas que pueden conducir a la imposición de multas o multas coercitivas (véanse en ese sentido las sentencias del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999 [TJCE 1999, 153], Hüls/Comisión, C-199/92 P, Rec. p. I-4287, apartados 149 y 150, y Montecatini/Comisión, C-235/92 P, Rec. p. I-4539,

apartados 175 y 176).

46 De este modo, es necesario que la Comisión presente pruebas precisas y concordantes para demostrar la existencia de la infracción (sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión, apartado 44 supra, apartado 62), y para asentar la firme convicción de que las infracciones alegadas constituyen restricciones sensibles de la competencia a efectos del artículo 81 CE , apartado 1 (sentencia de 21 de enero de 1999 , Riviera Auto Service y otros/Comisión, T-185/96, T-189/96 y T-190/96, Rec. p. II-93, apartado 47).

47 Sin embargo, debe señalarse que no todas las pruebas aportadas por la Comisión deben necesariamente responder a dichos criterios por lo que respecta a cada elemento de la infracción. Basta que la serie de indicios invocada por la institución, apreciada globalmente, responda a dicha exigencia (véase la sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión, apartado 44 supra, apartado 63, y la jurisprudencia citada).

48 Además, habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia y de la clandestinidad en la que se ejecutan por tanto, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes. Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión apartado 44 supra , apartados 64 y 65, y sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004 [TJCE 2004, 8], Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartados 55 a 57)."

Efectivamente como señala el recurrente en el escrito de demanda la documentación recabada para acreditar la existencia de la infracción es incompleta pero ello no determina per se que no se considere acreditada la comisión de la misma ya que la resolución recurrida parte de elementos de prueba fragmentarios que engarza con un conjunto de indicios, correspondiendo examinar si esos indicios apreciados globalmente constituyen a juicio de esta Sala una prueba de infracción de las normas sobre competencia.

Alega el recurrente en cuanto a las cuatro licitaciones para la rehabilitación y refuerzo de firmes convocada y adjudicadas en el año 2008 que no existen elementos probatorios que acrediten la existencia de colusión. Así indica que la resolución no ha acreditado la existencia de pagos a Misturas por parte de las empresas adjudicatarias de las licitaciones y el documento ingresos y pagos 1. xls (folio 1984, tomo IX en formato PDF) es el único indicio aportado por la CNC que no permite probar indubitadamente su participación ya que contiene solo unas cifras cuyo concepto asociado no es identificable, nombres de provincias y carreteras y algunas referencias a empresas activas del sector. Añade que las cifras referidas en dicho documento corresponden a previsiones de producción y subcontratación y no como afirma la CNC a pagos por compensación por las bajas ofertadas en esas licitaciones de 2008. Examinado ese documento efectivamente recoge cifras, nombres de provincias y empresas del sector pero el elemento que las relaciona y que omite indicar el recurrente en el escrito de demanda es el propio título del documento "ingresos y

pagos de subastas restringidas". Por otra parte el nombre de las carreteras y provincias que recoge se refiere a carreteras cuya rehabilitación de firmes era el objeto de la licitación convocada por el Ministerio de Fomento. Asturias 32-0-5460, Pontevedra 32-PO-3270, León 32-LE-400 y Cáceres 32-CC-1390. Asimismo las empresas del sector que se citan son las adjudicatarias de cada una de las licitaciones y aparecen en la segunda columna de la misma línea que el nombre de la carretera objeto de licitación indicando a continuación una cifra. La explicación alternativa que ofrece el recurrente no convence a esta Sala ya que si bien es cierto que en algunos casos la subcontratación de obras de rehabilitación de firmes requiere la subcontratación con otras empresas no consta que en este caso concreto las empresas adjudicatarias hayan realizado subcontrataciones de otras empresas que acudieron a la licitación como es el caso de Misturas ya que no se aporta ningún documento que así lo acredite. A ello hay que añadir los testimonios de las empresas sancionadas. Así por ejemplo PAS que participó en 2 de estas licitaciones (Asturias y Cáceres) siendo adjudicataria de la Asturias manifestó su conformidad con el relato de los hechos obteniendo una reducción del 15% de la sanción.

En relación a las subastas de 2009 cuya concertación se habría realizado en una reunión celebrada el 16 de diciembre de 2008. La resolución de la CNC se basa en dos documentos 1) por un lado las notas manuscritas de Padecasa (folios 1108 a 1112). En el folio 1111 aparecen unas columnas manuscritas en la primera columna se indica "invitación restringidas" con el nombre de las empresas, a continuación el nombre del representante y teléfono y a continuación las "bajas" divididas en 7 columnas correspondiente a cada una de las provincias recogiendo el porcentaje a cada empresa. y 2) los archivos en formato excel encontrados en la sede de Misturas. Por una parte el denominado "*ingresos y pagos de subastas restringidas*" (folios 1984) y las hojas de excel preparadas para cada licitación en la que se recoge datos a consignar el importe total de la licitación y dos tipos de bajas uno identificado como la baja y el otro baja a ofertar y el porcentaje a repartir.

Ciertamente el documento Padecasa no hace referencia en cuanto al lugar, fecha y autoría del documento pero la CNC conecta esos datos con otros existentes en el expediente para concluir que las columnas referidas a las bajas corresponde a las bajas expresadas en términos porcentuales respecto del presupuesto inicial de la entidad adjudicataria que habrían ofrecido las empresas invitadas a las correspondientes licitaciones de no haber coludido resaltando la coincidencia de información del documento Padecasa y los archivos excel encontrados en Misturas. En este sentido el siguiente folio 1112 que se refiere también a notas manuscritas de Padecasa se recoge manuscrito el sistema completo de coordinación en relación con el acuerdo de reparto de la licitación de Soria de la que resultó adjudicataria Gevora. Así en el folio 1111 se recoge que la baja de Gevora sería de 18,81% y en el folio 112, una baja menor 3,95%, lo que supone una diferencia de 14,83% lo que da una cantidad a repartir de 1.360.268,87 euros, datos todos ellos recogidos en el folio 1112 recogiendo asimismo las cantidades a repartir entre los distintos participantes en la licitación. Esos pagos a realizar por Gevora a Misturas por valor de 64.671,48 euros aparece a su vez recogido en el archivo excel de Misturas al que ya hemos hecho referencia. Gevora reconoció la existencia de los acuerdos que se le imputan.

Señala el recurrente que si se multiplica el número de licitaciones analizadas por el número de empresas no adjudicatarias de cada una de ellas deberían constar mas de 140 pagos relacionados con las licitaciones de 2009 y el hecho es que la CNC sólo ha acreditado pagos aislados entre algunas de ellas que podrían haberse debido a la prestación de cualquier tipo de servicios. Ciertamente solo se han acreditado pagos

aislados pero existen otras pruebas que acreditan esa practica colusoria. Hay que indicar que alguna de las empresas participantes han reconocido la existencia del citado mecanismo. Así BECSA reconoce la asistencia a la reunión y que recibieron compensaciones en base al mecanismo de colusión establecido y aporta la factura del pago que recibieron. HERGONSA ha presentado facturas cuyos importes coinciden con los mencionados por la Dirección de Investigación. Por otra parte si bien no consta que los pagos se hayan efectivamente realizado, en la contabilidad de Misturas se han encontrado apuntes contables referidos a los pagos a realizar por Misturas a las restantes empresas participantes en la licitación o en su caso las compensaciones a realizar y se detallan en la resolución recurrida respecto a cada licitación.

1. Cantabria 32-S-5580: *"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)".*

2. Soria 32-SO 2940: *"Los pagos a recibir por MISTURAS por valor de 154.516,20 euros (celda H18, folio 1.984) y EXTRACO por valor de 153.966,32 euros (celda I16, folio 1.984) de GEVORA se han encontrado en la contabilidad de MISTURAS en el extracto de cuenta por cliente de GEVORA CONSTRUCCIONES S.A. (folio 2.233)".*

3. Ávila 32-AV-2970. *"Los pagos a recibir por MISTURAS por valor de 154.516,20 euros (celda H18, folio 1.984) y EXTRACO por valor de 153.966,32 euros (celda I16, folio 1.984) de GEVORA se han encontrado en la contabilidad de MISTURAS en el extracto de cuenta por cliente de GEVORA CONSTRUCCIONES S.A. (folio 2.233)".*

4. Alicante 32-A-4240 *"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."*

5. Valencia 32-V-5870 *"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 por EXTRACO y MISTURAS de PAVASAL por modificar su oferta económica serían 130.347,04 euros (celda H8, folio 1.984) y 131.283,24 euros (celda H10, folio 1.984), respectivamente. Estos pagos se han encontrado en las contabilidades de cada empresa (folios 2.231 y 2.576) en sus respectivos extractos de cuenta por cliente de PAVASAL EMPRESA CONSTRUCTORA S.A."*

6. Murcia 32-MU-5630 *"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 MISTURAS y EXTRACO por modificar su oferta económica serían 139.086,13 euros (celda H6, folio 1.984) y 137.676,47 euros (celda H4, folio 1.984) respectivamente. Estos pagos a recibir por MISTURAS y EXTRACO de PADELSA se han encontrado en la contabilidad de MISTURAS (folio 2.230) en el extracto de cuenta por cliente de PADELSA INFRAESTRUCTURAS, SA."*

7. Albacete 32-AB-4420 *"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 MISTURAS y EXTRACO por modificar su oferta económica serían 18.887,84 euros (celda H14, folio 1.984) y 18.614,11 euros (celda H12, folio 1.984) respectivamente. Estos pagos a recibir por MISTURAS y EXTRACO de la UTE BECSA RAFAEL MORALES se han encontrado en la contabilidad de EXTRACO (folio 2.580) en el extracto de cuenta*

por proveedor de BECSA SAU."

Alega el recurrente que ante una explicación alternativa sobre los precios de las bajas analizadas en la resolución no puede deducirse la existencia de una infracción del artículo 1 LDC al haberse aplicado incorrectamente la prueba de presunciones. Se remite a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2009 (recurso de casación 315/2008) que estimó que ni el Tribunal de Defensa de la Competencia ni la Audiencia Nacional (sentencia sección sexta de 23 de mayo de 2007) habían valorado adecuadamente la explicación alternativa que justificaba la actuación de las partes en el contexto de concursos públicos convocados por la adquisición de radiofármacos. En ese caso el supuesto acuerdo colectivo entre empresas del sector para la fijación indirecta de los precios de radiofármacos venía determinado por el hecho de que dichas empresas habrían realizado ofertas por encima de los precios de licitación, señalando el Tribunal Supremo que había otra explicación alternativa a esa coincidencia que determinan que pueda calificarse la conducta como un acuerdo colusorio.

Hay una diferencia esencial entre ambos procedimientos y es que en el asunto "materiales radioactivos" no consta existiera ninguna prueba documental sino que se dedujo la existencia de la infracción basándose únicamente en la conducta del mercado de las empresas implicadas, a diferencia de lo que aquí sucede que existen rastros documentales aunque parciales del acuerdo pero que analizados en su conjunto constituyen prueba indiciaria suficiente que acredita la existencia de una conducta colusoria.

Como señala la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea. de 3 marzo 2011 TJCE 2011/40 Caso Siemens/Comisión asunto T-110/07 , (49) *"No obstante, cuando la Comisión afirma la existencia de una infracción basándose únicamente en la conducta en el mercado de las empresas implicadas, basta que éstas demuestren la existencia de circunstancias que presentan desde una perspectiva diferente los hechos que considera probados la Comisión y permiten así que otra explicación verosímil de los hechos sustituya a la explicación defendida por la Comisión para afirmar la existencia de una infracción de las normas sobre competencia comunitarias."*

Por otra parte la resolución recurrida analiza y rechaza la explicación alternativa ofrecida por alguna de las empresas que participaron en el acuerdo colusorio. Así hace referencia el recurrente a la racionalidad económica de las ofertas presentadas y que las bajas ofertadas por las empresas en cada una de las licitaciones analizadas eran exclusivamente resultado del correspondiente análisis de costes y se remite a los datos y gráficos sobre la subida del precio del betún, combustible y energía para el período 2008-2009 y la reducción de los presupuestos máximos establecidos por las autoridades convocantes. La CNC (fundamento de derecho cuarto; folio 92 de la resolución recurrida) rechaza esa explicación alternativa comparando las bajas ofrecidas en otras licitaciones en la que no consta que hubiera concertación y en concreto con las licitaciones objeto de procedimiento abierto a partir del examen de los datos remitidos por el Ministerio de Fomento sobre las 141 concursos de conservación, mejora y rehabilitación de firmes y plataformas (carreteras, autovías) que se han convocado por dicho Departamento durante los años 2007 a 2009, de los cuales 53 se han celebrado por el procedimiento restringido o previa invitación. De dicho análisis resulta que no se observan grandes diferencias en cuanto al tipo de obra ni en cuanto al perfil de los participantes en el sentido en que las empresas que participan en las restringidas también lo hacen en las abiertas. Sin embargo sí que se observa que las bajas ofertadas son mucho mas elevadas en el caso de las abiertas (frente a una

reducción media del 18,23% de las subastas abiertas las restringidas presentan una reducción del 6.02%) y las mismas empresas ofrecen bajas muy diferentes en subastas similares dependiendo de que se han celebrado en un procedimiento abierto o restringido. Por otra parte hace referencia a la existencia de documentos que permiten rechazar esa explicación alternativa señalando que cómo es posible que el importe de las bajas en el procedimiento abierto sea tan similar al importe que figura en los ficheros Excel hallados en las inspecciones y que, de acuerdo con la tesis de la Dirección de Investigación, refrendada por varias empresas, ofertaban inicialmente antes de coludir. Tampoco explica el recurrente el hecho de que las hojas de excel halladas en sus archivos y preparadas para cada licitación se recojan como datos a consignar dos tipos de bajas y se indique expresamente "porcentaje a repartir" no dando una explicación convincente en relación a dichos documentos.

En cuanto a la falta de relevancia jurídica del reconocimiento de ciertos hechos por parte de algunas de las empresas imputadas. Alega el recurrente que conforme a la jurisprudencia comunitaria el reconocimiento de los hechos de algunas de las partes inculpadas en el contexto de un procedimiento sancionador de defensa de la competencia, únicamente despliega sus efectos en relación con la parte que admite los hechos y carece de trascendencia respecto de las restantes partes. Reproduce al efecto el apartado 83 y 84 de la sentencia del Tribunal General de 8 de octubre de 2008 asunto Schunk/ Comisión. Dicha sentencia en dichos párrafos se limita a indicar que "al no existir un reconocimiento expreso por parte de la empresa inculpada la Comisión se ve obligada a acreditar los hechos" y en cambio si existiera un reconocimiento expreso no tendría que acreditar los hechos pero no analiza la incidencia en otros participantes del cartel del reconocimiento de los hechos por otro participante. Sobre este extremo se pronuncia la sentencia de 27 de julio de 2012 del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Tercera) asunto T- 439/07 que señala

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

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

49 No obstante, las declaraciones realizadas por empresas implicadas en el marco de solicitudes para acogerse a las Comunicaciones sobre la cooperación de 1996 o de 2002 deben apreciarse con prudencia y, en general, no pueden considerarse elementos de prueba especialmente fiables si no vienen corroborados por otros elementos.

50 En efecto, según jurisprudencia consolidada, la declaración de una empresa acusada de haber participado en una práctica colusoria cuya exactitud niegan varias de las demás empresas acusadas no puede considerarse una prueba suficiente de la existencia de una infracción cometida por estas últimas si no está respaldada por otras pruebas (sentencias del Tribunal de 25 de octubre de 2005 , Groupe Danone/Comisión, T-38/02 , Rec. p. II-4407, apartado 285; Bolloré y otros/Comisión, citada en el apartado 48 supra , apartado 167, y Lafarge/Comisión, citada en el 47 supra, apartado 293)."

Por lo tanto el valor probatorio de las declaraciones consistentes en el reconocimiento de los hechos por otros participantes del cartel no se limita a las partes que ha reconocido los hechos sino que pueden servir de prueba para acreditar la participación de otras empresas, debiéndose valorar dicha prueba con prudencia y, en general, no pueden considerarse elementos de prueba especialmente fiables si no vienen corroborados por otros elementos. En este caso las empresas que han reconocido los hechos no se han limitado algunas de ellas a reconocer su participación, ratificando el modo del funcionamiento del cartel sino que han aportado documentos que confirman la operativa del cartel como es el caso de BECSA y HERGONSA que aportan facturas cuyos importes coinciden con los mencionados por la Dirección de Investigación en el PCH, existiendo prueba documental adicional hallada en las Inspecciones domiciliarias que confirma la veracidad de esas declaraciones (documento Padecasa y documentos de Mixturas). Prueba de que la declaración de esas empresas no ha sido la prueba decisiva que permite acreditar la existencia del cartel es que solo se les ha reconocido una atenuante del 15% dado el grado de colaboración mostrado, haciendo la CNC referencia a otros indicios que de su apreciación conjunta permite considerar acreditada la comisión de la infracción.

El recurrente en el escrito de demanda despieza las pruebas aportadas por la Administración y es evidente que los mismas individualmente consideradas no permiten acreditar la existencia infracción pero apreciadas globalmente si constituyen a falta de otra explicación coherente prueba de una infracción de las normas sobre competencia. Como señala la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 3 de marzo de 2011 Caso Siemens/Comisión, asunto T-110/07 "53 según la jurisprudencia, habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia y de la clandestinidad en la que se ejecutan, la prueba de un cartel puede nacer de un conjunto de indicios concordantes (véase el anterior apartado 48). En consecuencia, Siemens no puede pretender que se desestime tal prueba alegando que, considerados de forma aislada, los indicios específicos invocados por la Comisión no bastan para demostrar los comportamientos que se le imputan. En efecto, por definición, los componentes específicos que forman parte de ese conjunto concordante de indicios presentados por la Comisión, considerados de forma aislada, no pueden constituir pruebas completas de ese comportamiento".

CUARTO: En cuanto al importe de la multa. En este caso la resolución ha impuesto a Misturas una sanción equivalente al 27% la facturación obtenida en el sector de las licitaciones de conservación, mejora y rehabilitación de firmes y plataformas

correspondiente a la mitad del volumen de negocios de 2008 y el volumen total de 2009. La CNC parte de un 5% del volumen de negocios afectado, porcentaje al que suma un 2% adicional por cada licitación en la que participa, hasta alcanzar un 27% indicando que esa cifra es *"el importe básico de sanción para cada una de las partes"*. En relación a la sanción alega el recurrente

a) En el caso de considerarse que las 12 licitaciones se vieron afectadas por acuerdos restrictivos la Comunicación sobre cálculo de las sanciones no permite imponer a Misturas una sanción superior al 20% del volumen de negocios obtenido en el mercado afectado.

b) La valoración exclusiva del número de licitaciones como criterio modulador de la sanción supone una vulneración del principio de proporcionalidad.

c) La CNC no ha valorado la incapacidad contributiva de Misturas en el cálculo de la sanción.

a) En relación a la superación del límite máximo fijado en la comunicación.

La CNC en la resolución recurrida se remite a la Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1 , 2 y 3 de la Ley 15/2007 indicando que *"guían su actuación a la hora de cuantificar sanciones con pleno respeto a los criterios de suficiencia y proporcionalidad establecidos por el Tribunal Supremo"*. Conforme a dicha comunicación, la cuantificación de la sanción por infracción de la normativa de competencia se realiza en las fases siguientes: 1) Determinación del importe básico de la sanción. 2) Aplicación de un coeficiente de ajuste al importe básico en función de las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes y 3) Ajuste, cuando proceda, de la cantidad obtenida en el punto 2) A los límites establecidos en la LDC y al beneficio ilícito obtenido por el infractor como consecuencia de la infracción. El Abogado del Estado en el escrito de contestación a la demanda no hace referencia a esta alegación del recurrente.

En este caso la CNC ha establecido que el importe básico de la sanción para el recurrente es del 27%. Ciertamente el importe básico de la sanción puede llegar conforme al apartado 14 de la Comunicación sobre multas a un 30% que no ha sido superado pero sólo en los supuestos establecidos en el citado párrafo que establece:

"El importe básico se obtendrá aplicándole al volumen de ventas afectado por la infracción un porcentaje que, partiendo del 10 %, podrá incrementarse en consideración a los siguientes criterios de forma cumulativa:

i Si la infracción es calificada como muy grave, el porcentaje se podrá aumentar hasta en diez puntos porcentuales.

ii Si el mercado o mercados relacionados con la infracción corresponden a un input productivo susceptible de provocar efectos en cascada en distintos mercados, el porcentaje se podrá aumentar hasta en diez puntos porcentuales.

Por lo tanto, el importe básico se situará entre un 10 y un 30% del volumen de ventas afectado por la infracción".

Según las Comunicación sólo en el caso en que los productos o servicios sean necesarios para la producción o prestación de otros servicios podrá aplicarse un

importe básico superior al 20% del volumen de negocios obtenido en el mercado afectado, lo que no sucede en el caso analizado referido a las obras de conservación, mejora y rehabilitación de firmes y plataformas. El texto del párrafo 14 de la Comunicación tal como señala el recurrente no deja lugar a interpretaciones. Si la infracción es muy grave el 10% del volumen de negocios obtenido en el mercado afectado podrá incrementarse hasta un 10% adicional y si sólo además, dada la esencialidad del producto sobre el que se ha producido la conducta anticompetitiva, ésta puede haber tenido efecto sobre otros productos o servicios podrá incrementarse hasta otro 10%, es decir hasta un 30%. La propia comunicación establece en el apartado cuarto que la metodología general para la cuantificación de las multas contenida en la presente Comunicación será aplicada con carácter general y solo excepcionalmente la CNC podrá aplicar otros criterios. En este caso la CNC en su resolución no alude a ningún criterio excepcional para separarse de la misma, por lo se debe respetar ese límite máximo. Por lo tanto el importe básico de la sanción no puede exceder del 20%. En este sentido la jurisprudencia comunitaria ha hecho referencia al carácter vinculante para la Comisión de las Directrices de aplicación de las multas similar a la Comunicación aquí aplicada. Así la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Tercera) de 12 diciembre 2012 en el asunto T-352/09 , Novácke/ Comisión señala (47) *"En cuanto a las Directrices, según reiterada jurisprudencia, al adoptar estas reglas de conducta y anunciar mediante su publicación que las aplicará en lo sucesivo a los casos contemplados en ellas, la Comisión se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de tales reglas, so pena de verse sancionada, en su caso, por violación de los principios generales del Derecho, tales como la igualdad de trato o la protección de la confianza legítima (véase la sentencia del Tribunal de Justicia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, C-189/02 P, C-202/02 P, C- 205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425, apartado 211; sentencias del Tribunal General de 8 de octubre de 2008 Schunk y Schunk Kohlenstoff-Technik/Comisión, T-69/04, Rec. p. II-2567, apartado 44 , y de 28 de abril de 2010 , Amann & Söhne y Cousin Filterie/Comisión, T-446/05, Rec. p. II-1255, apartado 146)"*.

Por lo tanto en este caso la Comunicación sobre cálculo de las sanciones no permite imponer a Misturas como importe básico de la sanción un importe superior al 20% del volumen de negocios obtenido en el mercado afectado, límite que ha sido superado al fijarse el importe básico en un 27% y no haberse aplicado ninguna circunstancia agravante. De ello deriva que deba reducirse la sanción en un 7%.

b) En cuanto a la valoración exclusiva del número de licitaciones como criterio modulador de la sanción

Señala que la valoración exclusiva del número de licitaciones como criterio modulador de la sanción supone una vulneración del principio de proporcionalidad. Hace referencia asimismo al limitado alcance de la infracción a la irrelevante cuota de mercado de Misturas y la duración de la infracción ha sido corta: en ningún caso superior a 13 meses.

La CNC no ha tenido sólo en cuenta como señala el recurrente el número de licitaciones como criterio modulador del porcentaje de la sanción ya que para fijar el porcentaje del importe básico de la sanción ha tenido en cuenta precisamente el hecho de que la colusión se ha acreditado en un número limitado de licitaciones del total de las convocadas (folio 124 de la resolución recurrida) si bien precisó en apartados anteriores que el mecanismo colusorio afectaba en general a las licitaciones públicas del ámbito de la conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y

plataformas (carreteras, autovías, etc.) ya que existe el riesgo de que el mecanismo afecte a otras y la distorsión de las bajas contribuya a falsear los precios del mercado y por ello el volumen de negocios que se toma en cuenta es el de las licitaciones de rehabilitación. 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 del porcentaje inicial del 5%, 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. En cuanto a la duración de la infracción ha establecido 3 categorías dependiendo de las fechas en que se desarrollaron las licitaciones en que participaron las empresas concertadas, por lo que ha tenido en cuenta también en este aspecto las circunstancias particulares de cada empresa. En cuanto al limitado alcance de la infracción como pone de relieve la CNC 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 y que asciende a la cifra de 14.185.735, 06 euros.

c) En cuanto a la falta de valoración de la situación financiera de la empresa

La resolución considera que 1) La crisis del sector ya ha tenido su reflejo en el importe de la sanción, que ha sido calculado en base al volumen de negocios de cada empresa, que habrá sufrido la conveniente disminución debida al descenso de actividad 2) el límite máximo del 10% del volumen de negocios garantiza que ninguna empresa vea comprometida la viabilidad de su proyecto. Por otra parte la resolución establece que las dificultades económicas de una empresa infractora " *no deben modular el importe de la sanción más allá de lo que ya implica el tomar como base su volumen de ventas afectados*". El Abogado del Estado en la contestación a la demanda reproduce estos mismos argumentos de la resolución recurrida.

El recurrente discrepa de estos razonamientos y señala que el volumen de negocios no es un parámetro indicativo de la viabilidad de una empresa: las empresas pueden tener un elevado volumen de negocios que no conlleva necesariamente que tenga un resultado positivo en sus cuentas y haya obtenido beneficios. Añade que las sanciones se calculan sobre el volumen de negocios obtenido por las empresas en el período de duración de la sanción y la alegación de incapacidad contributiva a ser tenida en cuenta por el órgano administrativo se refiere a la dificultad de hacer frente a una hipotética sanción (lógicamente en el momento en que esta es impuesta). Sostiene que en este caso concurren los requisitos para aplicar el artículo 35 de las Directrices para el cálculo de las multas.

Se comparten los reproches que hace el recurrente a la resolución recurrida cuando afirma que la situación financiera de una empresa en particular no debe modular el importe de la sanción más allá de lo que ya implica tomar como base su volumen de ventas afectado y ello por lo siguiente:

1) Una cosa es que la situación de crisis de la economía en general y en particular del sector no ampare la conducta y no la justifique y otra muy distinta es que esa situación de crisis pueda ser tenida en cuenta para valorar la capacidad contributiva de una

empresa en el momento en que se fija la multa siendo necesario precisar que las sanciones se calculan sobre el volumen de negocios obtenido por las empresas en el período de duración de la infracción y la alegación de incapacidad contributiva a ser tomada en cuenta por el órgano administrativo se refiere a la dificultad de hacer frente a una hipotética sanción lógicamente en un momento próximo a la fecha en que esta va a ser impuesta que no coincide temporalmente con el periodo de comisión de la infracción. En este sentido la Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones fija en el apartado noveno como importe básico de la infracción una proporción del volumen de ventas afectado por la infracción siendo el volumen de ventas afectado por la infracción *"la suma ponderada de las ventas obtenidas por el infractor en los mercados de producto o servicio y geográficos donde la infracción haya producido o sea susceptible de producir efectos, durante el tiempo que la infracción haya tenido lugar "* mientras que el límite previsto en el artículo 63. 1 c) LDC 15/2007 es sobre el volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

2) El límite previsto en el artículo 63 1 c) ley 15/2007 del 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa se ha establecido para evitar que una sanción pudiera poner en peligro la viabilidad de la empresa pero ello no implica que aun cuando no se supere ese limite pueda considerarse teniendo en cuenta las particularidades de cada caso que la multa puede tener un impacto relativamente elevado sobre la situación económica de una empresa atendidas sus características que determinen su reducción (tales como el escaso margen sobre las ventas, elevada concentración de su producción en el mercado afectado por la infracción, no pertenencia a un grupo empresarial y el efecto nocivo que tendría sobre la competencia la desaparición de la empresa) y así ha sido aplicado por la Comisión europea aun cuando el riesgo de que la empresa fuese declarada en concurso no era elevado y que incluso tal eventualidad no supondría la pérdida total del valor de los activos de esta empresa. Para ello se ha basado en el artículo 37 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 que establece la posibilidad de que la Comisión se aparte de la metodología para la fijación de las multas establecida en dichas Directrices a fin de tener en cuenta las particularidades de un determinado asunto. (similar al apartado cuarto de la Comunicación de la CNC de cuantificación de multas). Ello se analiza en los párrafos 130 y ss de la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 13 de diciembre de 2012 (asunto Novacke chemicke/ Comisión Europea, T-352/09) en que se consideró conforme a derecho la reducción de la multa en un 20% aplicada por la Comisión a una empresa en un supuesto en que aun cuando la multa no superaba el límite del 10% del volumen de negocios total de la empresa en el ejercicio anterior al de la imposición de la sanción, la misma podía tener un impacto relativamente elevado sobre su situación económica atendidas entre otras sus características particulares: comerciante independiente de muy pequeño tamaño, que no pertenecía a ningún grupo de sociedades, que el margen de beneficios era pequeño y que el 50% de su volumen global de negocios se realizaba con los productos afectados por la infracción.

Sostiene el recurrente que en este caso concurren los requisitos para aplicar 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) indicando que hizo referencia a su difícil situación financiera en el escrito de alegaciones a la propuesta de resolución al objeto de poner de manifiesto su incapacidad para hacer frente a una sanción elevada, al que acompaño informe pericial de 28 de diciembre de 2010 al objeto de acreditar su incapacidad contributiva (folios 8742 a 8761

desglosados del expediente por su carácter confidencial) en el que concluye: *"cualquier sanción administrativa que haya de pagar en los ejercicios 2011, 2012, y 2013 de cuantía significativa, supondría debido a la situación económica reflejada en este estudio, un grave peligro para la viabilidad económica de la empresa, pudiendo conducirla a un concurso de acreedores por no poder cumplir los compromisos de pago"*.

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 esta 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."*

El apartado 35 ha sido aplicado por la Comisión de manera muy excepcional y después de una cuidadosa revisión de las condiciones establecidas (análisis de estados financieros de los últimos años, las previsiones del ejercicio y los futuros, coeficientes que miden la solidez financiera, la rentabilidad, la solvencia, la liquidez, las relaciones con los accionistas y los socios externos). Decisión de la Comisión de 11 de noviembre de 2009, asunto COMP/38589, termoestabilizadores, de 20 de julio de 2010 asunto

COMP/38866 fosfatos para piensos, de 23 de junio de 2010 asunto COMP/39092, bathroom&mixtures de 30 de junio de 2010 asunto acero de pretensado COMP/38344.

Su aplicación además de la solicitud del interesado requiere la concurrencia de los siguientes requisitos 1) existencia de un contexto económico y social particular constituido por las consecuencias que en el pago de la multa podría tener, en particular, en lo relativo a un aumento del desempleo o un deterioro de los sectores económicos a los que la empresa afectada vende 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 aportarla 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 Misturas hizo referencia a su difícil situación financiera en el escrito de alegaciones a la propuesta de resolución al objeto de poner de manifiesto su incapacidad para hacer frente a una sanción elevada, al que acompañó informe pericial de 28 de diciembre de 2010 pero no ha acreditado el recurrente que 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 conforme al artículo 35 de las Directrices 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) al señalar que no basta demostrar que la empresa afectada será declarada en concurso de acreedores si se le impone la multa sino que deben existir 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, lo que no sucede automáticamente en el supuesto de concurso de la sociedad que explota la empresa en cuestión.

QUINTO: Conforme a lo razonado procede estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo ya que se anula la resolución recurrida en la parte que acuerda imponer a MISTURAS OBRAS E PROXECTOS SA una multa de 1.601.900 euros que deberá ser reducida en un 7%.

Al haberse estimado parcialmente el recurso y no apreciarse temeridad o mala fe cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad conforme a lo establecido en el artículo 139 de la Ley 29/1998 reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en la redacción dada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre

FALLAMOS

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

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **MISTURAS OBRAS E PROXECTOS SA** contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 19 de diciembre de 2011 expediente S/00226/10 licitaciones de carreteras y en consecuencia se anula la resolución recurrida en la parte que acuerda imponer a MISTURAS OBRAS E PROXECTOS SA una multa de 1.601.900 euros que deberá ser reducida en un 7%. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

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.