

**Id. Cendoj:** 28079230062013100214  
**Órgano:** Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
**Sede:** Madrid  
**Sección:** 6  
**Nº de Resolución:**  
**Fecha de Resolución:** 06/05/2013  
**Nº de Recurso:** 661/2011  
**Jurisdicción:** Contencioso  
**Ponente:** MARIA ASUNCION SALVO TAMBO  
**Procedimiento:** CONTENCIOSO  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

**Resumen:**

DEFENSA DE LA COMPETENCIA. SANCION POR INFRACCION ART. 1 LEY 15/2007. LICITACIONES DE CARRETERAS.

**Idioma:**

Español

---

**SENTENCIA**

Madrid, a seis de mayo de dos mil trece.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 661/2011 que ante esta **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador **D. Felipe Segundo Juanas Blanco**, en nombre y representación de **OBRASCON HUARTE LAÍN, SA**, contra Resolución de fecha 19 de octubre de 2011 de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre **sanción por infracción de la Ley de Defensa de Competencia**; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado; siendo **codemandado** la Sociedad PROBISA, entidad representada por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

1. La parte actora interpuso, en fecha 5 de diciembre de 2011, este recurso; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

**"SUPlico A LA SALA:** Tenga por formulada la demanda contra la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de octubre de 2011 por la que se declaró la existencia de una conducta prohibida contraria al Artículo 1 de la LDC de la que sería responsable, entre otras, OBRASCON HUARTE LAÍN, S.A., imponiéndose una sanción económica de 276.855 Euros y otros pronunciamientos anejos a dicha declaración y,

previos los trámites preceptivos, dicte sentencia por la que:

1°) *Se declare nula, anule o revoque y deje sin efecto para OBRASCÓN HUARTE LAÍN, S.A. la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de octubre de 2011 objeto del presente recurso.*

2°) *Subsidiariamente, se reduzca la cuantía de la multa con base en la apreciación de la concurrencia de circunstancia atenuante."*

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

3. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto, de fecha 26 de octubre de 2012 acordando el recibimiento a prueba habiéndose practicado la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones; finalmente, mediante providencia de 9 de abril de 2013 se señaló para votación y fallo el día 23 de abril 2013, en que efectivamente se deliberó y votó.

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

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

1. Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en el expediente sancionador S/0226/10/ *Licitaciones de Carreteras* , en cuya parte dispositiva se resuelve lo siguiente:

**"PRIMERO.** Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007 de la que son responsables ALARIO OBRA CIVIL, S.L.; ALVARO VILLAESCUSA, S.A.; ARCEBANSA, S.A.; ASCAN EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN, S.A.; ASFALTOS DE LEÓN, S.A.; ASFALTOS GUEROLA, S.A.; ASFALTOS LOS SANTOS, S.A.; ASFALTOS Y CONSTRUCCIONES ELSAN, S.A.; BECSA, S.A.; CAMPEZO ASFALTOS DE CASTILLA Y LEÓN, S.L. (anteriormente denominada OSCAL OBRAS Y SERVICIOS, S.L.) y solidariamente, su matriz GRUPO CAMPEZO OBRAS Y SERVICIOS, S.L.; CEYD, S.A.; COMPAÑÍA GENERAL DE HORMIGONES Y ASFALTOS, S.A.; CONALVI, S.L.; CONRADO JIMÉNEZ E HIJOS, S.A.; CONSTRUCCIÓN INTEGRAL DE FIRMES CPA, S.A.; CONSTRUCCIONES Y OBRAS LLORENTE, S.A.; CONSTRUCTORA HORMIGONES MARTINEZ, S.A.; CONTRATAS IGLESIAS, S.A.; COPISA CONSTRUCTORA PIRENAICA, S.A.; CYES INFRAESTRUCTURAS, S.A. (anteriormente denominada CONSTRUCCIONES Y ESTUDIOS, S.A.); ECOASFALT, S.A.; EIFFAGE INFRAESTRUCTURAS, S.A.; EMILIO BOLADO, S.L.; EOC DE OBRAS Y SERVICIOS, S.A.; EUROPEA DE ASFALTOS, S.A.; EXCAVACIONES SAIZ, S.A.; EXTRACO CONSTRUCCIONES E PROXECTOS, S.A.; GEVORA CONSTRUCCIONES, S.A.; MISTURAS OBRAS E PROXECTOS, S.A.; OBRAS HERGÓN, S.A.; OBRAS, CAMINOS Y ASFALTOS, S.A.; OBRASCÓN-HUARTE-LAIN, S.A.; OVISA PAVIMENTOS Y OBRAS, S.L.; PADELSA INFRAESTRUCTURAS, S.A. (anteriormente denominada PAVIMENTOS DEL SURESTE, S.A.); PAS INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS S.L. (anteriormente denominada PAVIMENTOS ASFÁLTICOS SALAMANCA, S.L.); PAVASAL EMPRESA CONSTRUCTORA,

S.A.; PAVIMENTOS ASFÁLTICOS DE CASTILLA, S.A.; PAVIMENTOS BARCELONA, S.A.; PROBISA TECNOLOGIA Y CONSTRUCCION, S.L. (anteriormente denominada PROBISA TECNOLOGIA Y CONSTRUCCION, S.A.); RAFAEL MORALES, S.A.; SERVICIOS Y OBRAS DEL NORTE, S.A.; SOCIEDAD ANÓNIMA DE BETUNES Y FIRMES; SORIGUÉ, S.A.; TEBYCÓN, S.A.; TRABAJOS BITUMINOSOS, S.L. (anteriormente denominada TRABAJOS BITUMINOSOS, S.A.); VÍAS Y CONSTRUCCIONES, S.A. consistente en la coordinación de sus comportamientos competitivos para alterar el resultado de las licitaciones públicas de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas y, en particular, el importe de las bajas presentadas a dichas licitaciones.

**SEGUNDO.** Imponer las siguientes multas a las autoras de la infracción:

- 100.000€ a ALARIO OBRA CIVIL, S.L.;
- 1.163.180€ a ALVARO VILLAESCUSA, S.A.;
- 1.032.455€ a ARCEBANSA, S.A.;
- 1.218.525€ a ASCAN EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN, S.A.;
- 1.102.500€ a ASFALTOS DE LEÓN, S.A.;
- 432.110€ a ASFALTOS GUEROLA, S.A.;
- 100.000€ a ASFALTOS LOS SANTOS, S.A.;
- 2.353.115€ a ASFALTOS Y CONSTRUCCIONES ELSAN, S.A.;
- 717.965€ a BECSA, S.A.; 128
- 100.000€ a CAMPEZO ASFALTOS DE CASTILLA Y LEÓN, S.L. (anteriormente denominada OSCAL OBRAS Y SERVICIOS, S.L.) y, solidariamente, a su matriz GRUPO CAMPEZO OBRAS Y SERVICIOS, S.L.;
- 115.245€ a CEYD, S.A.;
- 95.000€ a COMPAÑÍA GENERAL DE HORMIGONES Y ASFALTOS, S.A.;
- 209.070€ a CONALVI, S.L.;
- 138.770€ a CONRADO JIMÉNEZ E HIJOS, S.A.;
- 100.000€ a CONSTRUCCIÓN INTEGRAL DE FIRMES CPA, S.A.;
- 417.280€ a CONSTRUCCIONES Y OBRAS LLORENTE, S.A.
- 5.055.380€ a CONSTRUCTORA HORMIGONES MARTINEZ, S.A.;
- 232.660€ a CONTRATAS IGLESIAS, S.A.;
- 1.131.625€ a COPISA CONSTRUCTORA PIRENAICA, S.A.;

- 130.395€ a CYES INFRAESTRUCTURAS, S.A. (anteriormente denominada CONSTRUCCIONES Y ESTUDIOS, S.A.);
- 1.428.945€ a ECOASFALT, S.A.;
- 890.620€ a EIFFAGE INFRAESTRUCTURAS, S.A.;
- 287.880€ a EMILIO BOLADO, S.L.;
- 742.075€ a EOC DE OBRAS Y SERVICIOS, S.A.;
- 100.000€ a EUROPEA DE ASFALTOS, S.A.;
- 127.580€ a EXCAVACIONES SAIZ, S.A.;
- 1.084.430€ a EXTRACO CONSTRUCCIONS E PROXECTOS, S.A.;
- 3.172.395€ a GEVORA CONSTRUCCIONES, S.A.;
- 1.601.900€ a MISTURAS OBRAS E PROXECTOS, S.A.;
- 555.960€ a OBRAS HERGÓN, S.A.;
- 5.551.455€ a OBRAS, CAMINOS Y ASFALTOS, S.A.;
- **276.855€ a OBRASCÓN-HUARTE-LAIN, S.A.;**
- 100.000€ a OVISA PAVIMENTOS Y OBRAS, S.L.;
- 288.340€ a PADELSA INFRAESTRUCTURAS, S.A. (anteriormente denominada PAVIMENTOS DEL SURESTE, S.A.);
- 2.136.225€ a PAS INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS S.L. (anteriormente denominada PAVIMENTOS ASFÁLTICOS SALAMANCA, S.L.);
- 1.859.885€ a PAVASAL EMPRESA CONSTRUCTORA, S.A.;
- 946.235€ a PAVIMENTOS ASFÁLTICOS DE CASTILLA, S.A.;
- 787.650€ a PAVIMENTOS BARCELONA, S.A.;
- 954.200€ a PROBISA TECNOLOGIA Y CONSTRUCCION, S.L. (anteriormente denominada PROBISA TECNOLOGIA Y CONSTRUCCION, S.A.);
- 1.146.215€ a RAFAEL MORALES, S.A.;
- 449.200€ a SERVICIOS Y OBRAS DEL NORTE, S.A.; 129
- 100.000€ a SOCIEDAD ANÓNIMA DE BETUNES Y FIRMES;
- 1.772.695€ a SORIGUÉ, S.A.;
- 1.118.165€ a TEBYCÓN, S.A.;

- 503.100€ a TRABAJOS BITUMINOSOS, S.L. (anteriormente denominada TRABAJOS BITUMINOSOS, S.A.);

- 105.960€ a VÍAS Y CONSTRUCCIONES, S.A.

**TERCERO.** Declarar que no ha quedado acreditado la comisión de infracción por parte de

ALVARGONZÁLEZ CONTRATAS, S.A., BENITO ARNÓ E HIJOS, S.A., CARIJA S.A.; CONSTRUCCIONES SEVILLA NEVADO, S.A.; OBRAS, PAVIMENTOS E INSTALACIONES INDUSTRIALES, S.L. y CONTRATAS Y OBRAS SAN GREGORIO, S.A.

**CUARTO.** Instar a la Dirección de Investigación la incoación de expediente sancionador contra CAMPEZO CONSTRUCCIÓN, S.A. por su participación en los hechos que se describen en esta Resolución.

**QUINTO.** Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento de esta Resolución. "

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

*"1.39. OBRASCÓN-HUARTE-LAIN, S.A. (OHL). Es uno de los mayores grupos de construcción, concesiones, medio ambiente, desarrollos e industrial de España. Sus principales accionistas son la Inmobiliaria Espacio S.A. con el 56,01% del capital social, la empresa Espacio Activos Financieros S.L. con el 15,21%, el Banco Español de Crédito S.A. con el 2,89% y la empresa británica Gartmore Investment Limited con el 2,70%."*

*(121) En el folio 1.111 se reflejan ocho columnas de empresas encabezadas por el nombre o abreviatura de una provincia: "Ávila", "Ali" (Alicante), "Alb" (Albacete), "Mu" (Murcia), "Va" (Valencia), "Soria", "Ávila" y "Cantabr" (Cantabria). En cada columna, acompañando a cada empresa aparece un número que, como se indica en la parte superior derecha del folio, correspondería a la "baja" a presentar por cada empresa en la licitación de cada provincia.*

*(122) Finalmente, el folio 1.112 describiría el reparto de la licitación de la provincia de Soria, que ya había sido mencionado en el folio 1.110. De esta manera, en este folio se refleja el nombre de la empresa ganadora de la licitación pública de Soria, "Gévora", el presupuesto de la misma, "9.153.895,46", la baja a realizar por Gévora, "18,81" que corresponde con la baja que acompaña al nombre de esta empresa en el folio 1.111 en la columna de Soria y que coincide con la baja más alta de todas las participantes en esta licitación, la "baja oficial" con la que se presentaría y ganaría Gévora la licitación, "3,95", como se indicaba en el folio 1.109 en la líneas 6 y 8, y la diferencia a repartir: "18,81-3,95: 14,83%" (error en el cálculo manuscrito, sería 14,86 como en folio 1.110). A continuación se incluye la cuantía a repartir correspondiente al 14,86% "1.360.268,82", que, al dividirse por el sumatorio de las bajas de todas las empresas, "188,25", daría lugar a "7.225,86". Esta cantidad multiplicada por la baja de cada empresa para esta licitación, recogidas en el folio 1.111, arrojaría la cifra que se entregaría a cada una por participar en la licitación pública adjudicada a Gévora con una baja de 3,95% frente al 18,81% que hubiera ofertado de haber licitado competitivamente.*

(123) **Archivos Excel de MISTURAS (folios 1.984 a 2.007).** Durante la inspección en la sede de MISTURAS, en el ordenador de D. Felix , Jefe de Obras de la empresa, se localizó una carpeta nombrada "Subastas\_Firmes" que dentro poseía tres tipos de documentos:

**Archivo Excel "Ingresos y Pagos 1.xls" (folio 1.984):** Este archivo, titulado en su interior "INGRESOS Y PAGOS DE SUBASTAS RESTRINGIDAS", establece las relaciones de EXTRACO y MISTURAS, empresas con los mismos accionistas, entre ellas y con otras 17 empresas (recogidas en las columnas B y J de la tabla) con motivo de su participación en licitaciones públicas restringidas. La tabla muestra los **Pagos** que habría realizado MISTURAS por adjudicarse una licitación en Cantabria a las otras catorce empresas que se habrían presentado con ella (columna L de la tabla), y los **Ingresos** que habrían recibido MISTURAS y EXTRACO de los vencedores de las licitaciones en:

- Murcia, vencedora CHM (Hormigones Martínez).
- Valencia, vencedora PAVASAL.
- Alicante, vencedora PAVASAL.
- Albacete, vencedora UTE BECSA - RAFAEL MORALES.
- Huelva, vencedora GEVORA.
- Ávila, vencedora GEVORA.
- Soria, vencedora GEVORA.
- Asturias, vencedora PAS.
- Cáceres, vencedora ECOASFALT.
- Asturias, vencedora ECOASFALT.
- León, vencedora ASFALTOS LEÓN.
- Redondela, vencedora OCA.

Las cantidades a ingresar a MISTURAS y EXTRACO aparecen desagregadas por licitación (columnas H, I y J), agrupadas por empresa pagadora (columnas K y N) y se calcula la diferencia con los pagos a realizar por MISTURAS por la licitación de Cantabria (columnas M y L).

**Archivos Excel sobre siete licitaciones (folios 1.985 a 1.986 y 1.994 a 2.007):** Se trataría de un bloque de ocho archivos (INVITACIONES DIC 2008-Final-1.xls estaría repetido) sobre siete de las trece licitaciones mencionadas anteriormente, concretamente, Albacete, Alicante, Ávila, Cantabria, Murcia, Soria y Valencia. El primer archivo INVITACIONES DIC 2008-FINAL- 1.xls (folio 1.985) consistiría en una tabla con una primera columna con el nombre de 34 empresas, señalándose qué empresa habría sido invitada a cada una de las siete licitaciones mencionadas y contabilizando en otra columna el total de invitaciones recibidas por cada empresa. La segunda columna vacía

está titulada "Representante" a la espera de ser rellenada por los representantes de cada empresa que participen en la reunión de reparto de estas siete licitaciones.

Los siete archivos restantes estarían preparados cada uno para cada licitación mencionada (folios 1.994 a 2.007). Se trataría de hojas de cálculo individuales para cada obra, preparadas para ser cumplimentadas con los resultados de una reunión de fecha "16/12/2008" (celda G7). En concreto, tomando como ejemplo el archivo preparado para la licitación de Albacete (folios 1.994 y 1.995), los campos a completar serían "Importe Licitación" (celda B9), "Baja" (celda D9), correspondiente a la baja vencedora en condiciones de competencia, "Baja a ofertar" (celda D11), correspondiente a la baja vencedora acordada en la reunión, y el "% BAJA" (celdas de E17 a E41), correspondiente a las bajas competitivas a ofertar por cada empresa. Rellenando estos datos en la hoja de cálculo, se obtendría de manera automática la "Diferencia a repartir" (celda G13) como resultado de la fórmula  $=B9 * D9 - (B9 * D11)$ , "Importe" (celdas F17 a F41) correspondiente a cada empresa, calculados con la fórmula  $=G13/E48 * E17$  (Fórmula aplicada a Pavasal que está en la fila 17) y "Suma bajas" (celda E48) dato necesario para aplicar las fórmulas matemáticas, obtenida mediante la fórmula  $=SUMA(E17:E47)$ . Cabe señalar que en esta última fórmula sería suficiente sumar hasta la celda E41, pero en las hojas de cálculo originales se encuentra sumada hasta la celda E47, estando de la celda E42 a la E47 vacías.

**Carpeta "proformas" (folios 1.987 a 1.993).** Esta carpeta incluye siete justificantes de pago cuyo importe coincide con siete de las catorce cantidades a pagar por Misturas con motivo de ser adjudicataria de la licitación de Cantabria (columna L, folio 1.984). La descripción del concepto de estos justificantes de pago en ningún caso está relacionado con una licitación en Cantabria. La descripción de los justificantes de pago de MISTURAS a cada empresa es la siguiente:

- ARCEBANSA, justificante por valor 160.199,17 euros (folio 1.987) en concepto de "Conservación del firme. Rehabilitación de firme en la N-122, de Zaragoza a Portugal por Zamora, P.K. 481+840 al 517+020. Tramo: Ricobayo-Alcañices. Provincia de Zamora". Coincide con el pago de la tabla INGRESOS Y PAGOS DE SUBASTAS RESTRINGIDAS (celda M50, folio 1.984).

- ASCAN, justificante por valor 217.329,50 euros (folio 1.988) en concepto de "Conservación del firme. Refuerzo y rehabilitación estructural del firme en la N-550 del P.K. 83+800 al 116+700. Tramo: Límite de la provincia de La Coruña a Glorieta de Lerez. Pontevedra". Coincide con el pago de la tabla INGRESOS Y PAGOS DE SUBASTAS RESTRINGIDAS (celda M44, folio 1.984).

- COPISA, justificante por valor 202.754,11 euros (folio 1.989) en concepto de "Conservación del firme. Rehabilitación del firme de la autovía A-6, entre los PP.KK. 277,30 al 315,80 y del 349,70 al 359,185. Tramos: L.P. Zamora a Riego de la Vega y Manzanal del Puerto a Folgoso de la Ribera.". Coincide con el pago de la tabla INGRESOS Y PAGOS DE SUBASTAS RESTRINGIDAS (celda M36, folio 1.984).

- ELSAN, justificante por valor 154.212,85 euros (folio 1.990) en concepto de "Caminos de concentración parcelaria en Borrifáns (La Coruña)". Coincide con el pago de la tabla INGRESOS Y PAGOS DE SUBASTAS RESTRINGIDAS (celda M48, folio 1.984).

- EMILIO BOLADO, justificante por valor 144.582,68 euros (folio 1.991) en concepto de "Conservación del firme. Rehabilitación de firme en la N-122, de Zaragoza a

Portugal por Zamora, P.K. 481+840 al 517+020. Tramo: Ricobayo-Alcañices. Provincia de Zamora". Coincide con el pago de la tabla INGRESOS Y PAGOS DE SUBASTAS RESTRINGIDAS (celda M42, folio 1.984).

- PROBISA, justificante por valor 237.500,80 euros (folio 1.992) en concepto de "Actuación de emergencia de abastecimiento en los concellos de Coles, Vilamarín, Amoeiro y A Peroxa (Orense)". Coincide con el pago de la tabla INGRESOS Y PAGOS DE SUBASTAS RESTRINGIDAS (celda M38, folio 1.984).

- SENOR, justificante por valor 271.596,80 euros (folio 1.993) en concepto de "Refuerzo de firme. Rehabilitación estructural del firme en las carreteras N-651 (P.K. 1,900 al 30,815) y FE-14 (P.K. 4,340 al 4,860). Coincide con el pago de la tabla INGRESOS Y PAGOS DE SUBASTAS RESTRINGIDAS (celda M34, folio 1.984).

"-. (133) Reunión del 16 de diciembre de 2008, en lugar indeterminado (folio 1.111). Los documentos "Archivos Excel sobre siete licitaciones" de los folios 1.994 a 2.007 en su esquina superior derecha (celdas E7, F7 y G7) contienen el siguiente texto: "Fecha Reunión..... 16/12/2008". En esta reunión, que se desconoce dónde tuvo lugar, participaron las 34 empresas recogidas en el "Documento manuscrito de PADECASA" (folio 1.111). Algunas de estas empresas estuvieron representadas por la misma persona, escribiendo cada participante en la reunión su nombre y su número de teléfono en el documento de PADECASA (folio 1.111). El objeto de esta reunión habría sido alcanzar un acuerdo sobre el vencedor y las oferta a presentar en cada una de las siete licitaciones públicas recogidas en el "Documento manuscrito de PADECASA" (folio 1.111), también incluidas en el Archivo Excel "Ingresos y Pagos 1.xls" de MISTURAS (folio 1.984). Se trataría de licitaciones de obras en las siguientes provincias: Alicante. Albacete. Avila. Cantabria. Murcia. Soria. Valencia. La hoy recurrente participó. (folios 5635 a 5648).

(134) Como se refleja en el folio 1.111, las empresas participantes en esta reunión fueron:

**...33. OHL.**

Posteriormente varias partes han reconocido en sus alegaciones que la reunión fue convocada en el marco de la Asociación de Fabricantes de Mezclas Asfálticas para la Construcciones y Obras Públicas (ASEFMA) (folio 5654, 8524)

En el Archivo Excel "Ingresos y Pagos 1.xls" de MISTURAS (folio 1.984), además de las siete licitaciones mencionadas en el punto anterior, se recogen seis licitaciones adicionales de obras ejecutadas en las siguientes provincias (y vías):

o Huelva. o Redondela (N-552).

o Asturias (A-64). o León (N-630).

o Asturias. o Cáceres (N-630).

**3.** La actora alega, en primer lugar, vulneración del derecho fundamental de defensa. Considera la 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; y ello 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.

La demandante considera, en segundo término, que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia. Insiste en la ausencia de **prueba directa** y en la insuficiencia de los indicios empleados. En definitiva, entiende la actora que no existe prueba de cargo suficiente contra OHL en el expediente.

Concretamente en la demanda se entiende improcedente: a) imputar con base en los hechos posteriores; b) considerar como un indicio válido el reducido importe de las bajas, o las declaraciones de otras empresas y c) imputar a OHL en participación en el cártel único "mediante la extensión de los indicios restantes".

4. La actora considera que hay carencia de elementos probatorios directos que acrediten suficientemente su participación en la infracción, pues entiende que deben darse dos elementos para que opere el mecanismo de colusión: el previo acuerdo en las ofertas económicas de cada licitación entre las empresas participantes y el pago y cobro de pagarés entre la empresa finalmente adjudicataria y las restantes licitadoras para compensar las ofertas.

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

5. La conducta por la que se sanciona a la ahora recurrente, que la CNC entiende tipificada en el art. 1 de la Ley 15/2007 es la participación en la organización de un mecanismo para acordar ofertas en las licitaciones públicas de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas. Este mecanismo de coordinación operaba en licitaciones organizadas en base al procedimiento restringido; entre las empresas invitadas a presentar oferta económica se producían contactos y reuniones, que tenían por objeto analizar, para una o varias licitaciones, las ofertas que las empresas invitadas a cada una de ellas tenían previsto presentar en condiciones competitivas.

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

nueva baja a ofertar por la empresa adjudicataria, pero en todos los casos sería más reducida que las bajas competitivas recogidas en los documentos manuscritos de las reuniones.

La actora argumenta que ha tenido lugar una aplicación errónea de la prueba de presunciones, especialmente porque la CNC habría extrapolado a OHL elementos de juicio que no guardan relación alguna con ella y que afectan a otras compañías.

La Sala viene considerando en casos como el de la actora (entre otras SAN de 25 de abril de 2013, Rec. nº 685/2011 ) que si bien los distintos elementos de prueba aisladamente considerados pudieran no acreditar por sí solos e individualmente la conducta prohibida, su conjunto deja claramente probados los hechos que, en relación con la hoy actora, son tomados en consideración por la CNC.

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

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

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

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

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

- . Documentación entregada por el denunciante.
- . Documentación hallada en los registros de sedes de empresas, consistente con la anterior.
- . Documentos y archivos excl. localizados en lugares diferentes y que guardan total

coherencia y relación unos con otros.

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

- Coincidencias entre las distintas licitaciones examinadas.

- Semejanzas entre los distintos ficheros sobre pagos a realizar.

- Participación en 2 licitaciones (32-S0-2940 y 32-H-3800) y en la reunión del 16 de diciembre de 2008.

- Varias partes han reconocido en sus alegaciones que la reunión de 16 de diciembre de 2008 (folio 1111) fue convocada en el marco de la Asociación de Fabricantes de Mezclas Asfálticas para la Construcciones y Obras Públicas (ASEFMA) (folio 5654, 8524).

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

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

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

Se remite este Tribunal expresamente a los hechos descritos en el apartado "*Documentación relevante*" subapartados 119 a 123, y al archivo excl. de Excavaciones Saiz (folio 1106) así como, fundamentalmente, su asistencia a una de las dos reuniones (folio 1111 y folios 194 y siguientes).

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

**6.** También la Sala ha dado ya respuesta al resto de las cuestiones planteadas por lo que debemos atenernos a lo ya declarado entre otras, en las indicadas sentencias en aplicación del principio de igualdad en la aplicación de la ley.

Particularmente la actora con carácter subsidiario error en la cuantificación de la sanción.

La CNC en la resolución impugnada parte de la base de la gravedad de las conductas sancionadas, y recuerda que según el artículo 63.1. letra c) pueden ser multadas las empresas responsables de una infracción muy grave tipificada en el artículo 62.4.a) de la ley 15/2007 *"con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa"*.

La CNC ha optado por establece un importe básico, que es *"una proporción del volumen de ventas afectado por la infracción."* Sobre el que se aplicarán los criterios que recoge el artículo 64, y en concreto, en las letras a) a e) es decir, *"a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción; b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; c) El alcance de la infracción; d) La duración de la infracción; e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos"*.

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

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

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

La CNC ha razonado que *" La infracción es muy grave y ha tenido efectos que han sido constatados. Como muchas de las partes alegan, es cierto que la colusión se ha acreditado en un número limitado de licitaciones del total de las convocadas, lo que debe ser tenido en cuenta a la hora de fijar el coeficiente de sanción. Pero también es necesario tener en cuenta el número de licitaciones en que ha participado cada empresa. Por ello, se considera adecuado aplicar un porcentaje del 5% a las que hayan participado en una sola de las licitaciones, incrementando dicho coeficiente en dos*

*puntos adicionales por cada licitación en la que la empresa haya participado, limitándolo como máximo a un porcentaje del 30%. "*

Se parte del volumen de negocios de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas (carreteras, autovías, etc.) en 2008 y 2009 que cada empresa ha aportado en respuesta al requerimiento de información de la Dirección de Investigación de 21 de septiembre de 2010 y, en su caso, al requerimiento realizado por el Consejo de a CNC mediante Acuerdo de 19 de julio de 2011. Se ha minorado en el importe de las obras de construcción cuando la empresa afectada justificó que el volumen de negocios en su día remitido incluía tales cifras, o que se incluían cifras de contratos de servicios de conservación. ( SAN de 28 de noviembre de 2012, dictada en el Recurso 635/2011 ).

La comparación de estos razonamientos con las previsiones legales, tanto de la Ley de 1989 como de la del año 2007 revela que son conformes a derecho, pues ambos textos contemplan que para determinar el importe de las sanciones:

**1-**. La Ley 16/1989: la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa correspondiente, el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios, la duración de la restricción de la competencia, y la reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

**2-**. La Ley 15/2007: la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota de mercado de la empresa o empresas responsables, el alcance de la infracción, la duración de la infracción, el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos, los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción y las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables.

En consecuencia, las consideraciones que se realicen con fundamento en las previsiones legales, aunque estén recogidas en la Comunicación no pueden entenderse realizadas en aplicación de la misma, sino en aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia.

Continuando con el tratamiento de esta cuestión la CNC considera que el mayor coste de una licitación pública supone un mayor cargo presupuestario, con la consiguiente afectación de todos aquellos que contribuyen al sostenimiento de las cargas públicas. Y añade:

*"Merece la máxima reprobación las conductas de quienes están dispuestos a realizar bajas cercanas al 30% y se ponen de acuerdo para realizarlas del orden del 3%, dividiéndose entre los participantes ese ilícito beneficio, que no se puede ocultar resulta paralelo al perjuicio que a la Administración que convoca el concurso, y en definitiva al conjunto de los ciudadanos, ocasiona. "*

La CNC ha razonado que *"La infracción es muy grave y ha tenido efectos que han sido constatados. Como muchas de las partes alegan, es cierto que la colusión se ha acreditado en un número limitado de licitaciones del total de las convocadas, lo que debe ser tenido en cuenta a la hora de fijar el coeficiente de sanción. Pero también es necesario tener en cuenta el número de licitaciones en que ha participado cada*

*empresa. Por ello, se considera adecuado aplicar un porcentaje del 5% a las que hayan participado en una sola de las licitaciones, incrementando dicho coeficiente en dos puntos adicionales por cada licitación en la que la empresa haya participado, limitándolo como máximo a un porcentaje del 30%."*

Se parte del volumen de negocios de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas (carreteras, autovías, etc.) en 2008 y 2009 que cada empresa ha aportado en respuesta al requerimiento de información de la Dirección de Investigación de 21 de septiembre de 2010 y, en su caso, al requerimiento realizado por el Consejo de a CNC mediante Acuerdo de 19 de julio de 2011. Se ha minorado en el importe de las obras de construcción cuando la empresa afectada justificó que el volumen de negocios en su día remitido incluía tales cifras, o que se incluían cifras de contratos de servicios de conservación.

En resumen, no se considera que la sanción de multa impuesta a la recurrente sea desproporcionada.

**7.** En cuanto a la alegada adopción de iniciativas concretas (la actora alude al Código Ético del Grupo OHL) para que las actuaciones por las que es sancionada no vuelvan a repetirse, no se aprecia que las mismas tuvieran los supuestos efectos de *"mitigación de los daños que el cártel pudo producir y se evitó la comisión de nuevas infracciones"* por lo que igualmente debe concluirse que la CNC actuó de conformidad a Derecho cuando no consideró la pretendida circunstancia atenuante.

**8.** La reforma de la Ley jurisdiccional en materia de costas procesales se publicó en el BOE de 11 de octubre de 2011, señalando su disposición final que entraría en vigor a los veinte días de dicha publicación. Por lo tanto entró en vigor el día 31 de octubre de 2011 y quedó redactado como sigue:

*"art. 139.1. En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho."*

En consecuencia, y habiéndose interpuesto este recurso el día 12 de diciembre de 2011 procede la condena en costas a la parte actora que ha visto desestimadas todas sus pretensiones.

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

## **FALLO**

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

### **DESESTIMAR**

el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **OBRASCON HUARTE LAIN, SA**, contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de octubre de 2011, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad

a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la parte actora.

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

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

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