

Id. Cendoj: 28079230062013100323
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 19/06/2013
Nº de Recurso: 677/2011
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MARIA ASUNCION SALVO TAMBO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

PRACTICAS PROHIBIDAS

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a diecinueve de junio de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Sexta de la *Sala de lo Contencioso-Administrativo* de la Audiencia Nacional y bajo el número 677/2011 se tramita a instancia de entidad **CONALVI, S.L**, representada por la Procuradora D^a. Cristina Matud Juristo, contra Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 19 de octubre de 2011, sobre **prácticas anticompetitivas prohibidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 13 de julio, de Defensa de la Competencia**; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 19 de diciembre de 2011, este recurso; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

*" **SUPlico A LA SALA** : que tenga por presentado este escrito con sus copias y ,los documentos que la acompañan, con el expediente administrativo que se devuelve, por deducida la demanda y previos los trámites sucesivos que sean de Ley, dictar en su día sentencia por la que estimando íntegramente el recurso, se acuerde la Nulidad de la Resolución recurrida por los siguientes motivos:*

1) *Incompetencia de la Comisión Nacional de la Competencia para la apertura la*

resolución del Expediente Sancionador S/226/10 Licitaciones de carreteras, de fecha 19/OCT/11 en virtud de la cual se acuerda imponer una sanción a mi representada por importe de 209.070 DOSCIENTOS NUEVE MIL SETENTA EUROS (209.070€).

2) Falta de aportación de los informes preceptivos del Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y del Servicio Regional de Defensa de la Competencia de la Comunidad Autónoma de Murcia, a que se refiere el artículo 33.2 del RDC.

3) Ausencia de las conductas infractoras contenidas en la resolución, llevadas a cabo por mi representada.

Subsidiariamente, para el improbable supuesto en que no sea revocada la Resolución Sancionadora, se acuerde reducir la sanción en los siguientes términos:

1. A la cantidad que se obtenga de aplicar los coeficientes de ponderación regulados en la propia Resolución que ahora se impugna, a los importes que configuran la base imponible detallada en el hecho cuarto, es decir, sobre un 0,5 mes de la cifra de negocio de 2008, y sobre seis meses de la cifra de volumen de facturación de 2009.

2. Sobre la reducción anterior, aplicar la reducción respecto del porcentaje de aplicación a la anterior base imponible, por aplicación de los criterios de graduación previstos en el art. 64 de la Ley 15/2007 de defensa de la competencia, los cuáles se han obviado."

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

3. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto, de fecha 28 de enero de 2013 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 30 de abril de 2013 se señaló para votación y fallo el día 18 de junio de 2013, en que efectivamente se deliberó y votó.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo la Resolución dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia el día 19 de octubre de 2011 (*expediente sancionador S/00226/10 , LICITACIONES DE CARRETERAS*), incoado por la Dirección de Investigación de la CNC contra 53 empresas del sector de la construcción, entre ellas la ahora recurrente (CONALVI, S.L) por posibles prácticas anticompetitivas prohibidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 13 de julio, de Defensa de la Competencia consistente en acuerdos de reparto de licitaciones y fijación de precios de cara a concursos públicos para la conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas convocados en todo el territorio nacional.

La parte dispositiva de la Resolución impugnada establece, en lo que a la hoy actora concierne, lo siguiente:

"Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007 de la que es responsable CONALVI, S.L.

Imponer una multa de 209.070 € a CONALVI, S.L."

2. Los antecedentes de hecho de la Resolución impugnada, tal y como en la misma se recogen y en lo que a la hoy actora afecta, son resumidamente lo siguiente:

"1.16 CONALVI, S.L. (CONALVI). Empresa constructora con sede en Burgos, especializada en construcción y promoción de edificios, viviendas, apartamentos y chalets; construcción de obra civil; alquiler de maquinaria de obras públicas con o sin conductor, y alquiler de turismos y furgonetas. Su accionista único es el GRUPO ARCONTE 2000 SL (100%), al que también pertenece TEBIYCON SA que es otra empresa imputada en este expediente."

En concreto, se trata aquí de dos licitaciones : 1) Avila 32 - CC -1390 y 2) Murcia 32 -MU - 5630

3. En la demanda se combate la Resolución impugnada sobre la base de los motivos siguientes:

- Incompetencia territorial del órgano administrativo e infracción del artículo 5.4 de la Ley 1/2002 de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.

- Vulneración de la presunción de inocencia.

- Por último, vulneración del artículo 64 de la Ley de Defensa de la Competencia en la cuantificación de la sanción.

4. Entiende la actora que la imputación contra las empresas recurrentes consiste en la realización de una conducta colusoria en un concurso público convocado por una empresa pública de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y, según su criterio, tal actuación no trascendería el ámbito de la Comunidad Autónoma que tiene asumidas atribuciones en materia de Defensa de la Competencia con arreglo a la Ley 1/2002 pero, ni este argumento, ni el relativo a la pretendida vulneración del artículo 5.4 de la Ley 1/2002 (al no haberse solicitado informe de la Comunidad Autónoma de Castilla y León) pueden prosperar.

En efecto la conducta sancionada ha sido ya analizada en numerosas sentencias por esta misma Sala y Sección en numerosos recursos interpuestos por muchas de las empresas sancionadas en la misma Resolución de la CNC que es objeto de la actual impugnación. Por cierto, en dichas sentencias, en su mayoría, ha sido ratificada la actuación administrativa llevada a cabo por la Comisión Nacional de la Competencia (incluida la SAN 695/2011 en la que analizábamos la participación de otra empresa en la misma licitación a la que se refiere el presente recurso 4.1 -BU- 29, es decir en el mismo ámbito de la referida Comunidad Autónoma, pero no por ello la conducta sancionada deja de exceder, como tampoco ahora, el ámbito autonómico.

Por la misma razón no ha existido vulneración del artículo 5.4 de la Ley 1/2002 , ya

que para solicitar el informe preceptivo a que se refiere dicho precepto es necesario que la conducta afecte de modo significativo en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma, siendo así que en dicho territorio en este caso únicamente se celebró una de las licitaciones afectadas por el expediente, que es justamente en la que participó la recurrente. La afectación significativa se produce a nivel de todo el territorio nacional, y el hecho de que una licitación tuviera lugar en el territorio de una concreta Comunidad Autónoma, incluso siendo convocada por una empresa pública autonómica, no conlleva *per se* una afectación significativa en el ámbito de dicha Comunidad, sin que por lo demás exista prueba alguna de la alegada aceptación.

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.

CONALVI, S.L. ha participado en dos licitaciones (32-AV-2970 y 32-MU-5630) las dos en UTE con TEBYCON SA. Su identidad aparece reflejada en la documentación que acredita la colusión en dicha licitación y revela su participación en la reunión de 16 de junio de 2009 a través de un representante de las dos empresas y que formuló sus ofertas.

La actora considera que debe mantenerse la conclusión obtenida por la Dirección de Investigación sobre la existencia de catorce cárteles y no de uno único. Alega que sólo se podría considerar una infracción única sobre la base de declararla continuada, y no concurren los elementos que esta propia Sala habría establecido para que concurra una infracción administrativa continuada.

En contra de esta alegación la lectura de la resolución impugnada demuestra que se califica como *"infracción compleja en la que puedan subsumirse múltiples acuerdos"* pero en cualquier caso *"una infracción única."*

Los hechos probados ponen de manifiesto que tuvieron lugar contactos y reuniones entre empresas competidoras en el sector de las licitaciones públicas de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas convocadas en todo el territorio nacional. Estas reuniones y contactos tenían la finalidad de conocer las ofertas que iba a presentar cada una con el fin último de presentar bajas inferiores a las ofertadas en condiciones competitivas. La diferencia entre la oferta competitiva y la oferta final de la empresa adjudicataria se repartía proporcionalmente entre las empresas involucradas. La proporción se establecía partiendo del importe de la baja

prevista por cada una, es decir, a mayor baja mayor compensación. Estos pagos se formalizaban mediante pagarés expedidos por la adjudicataria.

No puede entenderse que cada hecho es una infracción, sino que varios hechos constituyen una única infracción: en este caso hay un mismo mecanismo, diseñado de forma que opera en todos los casos de manera idéntica. Siempre convoca la licitación la Administración, siendo irrelevante que en unas ocasiones sea el Ministerio de Fomento y en otras determinadas empresas públicas. Siempre se busca el mismo objetivo, acordar el precio a ofertar, que se establece modificando, para disminuirla, la baja que por ser la de mayor cuantía asegurará automáticamente la adjudicación. Y el exceso de precio a pagar por la Administración licitante se reparte entre las empresas que han participado en el acuerdo.

Por otra parte, como se estableció en el expediente administrativo, en una misma reunión se acordaron los precios de distintas licitaciones, pese a que no todas las empresas participantes en la reunión hubieran sido convocadas a todas las licitaciones acordadas. Y es especialmente relevante para la valoración de esta estrategia como una única infracción el hecho de que el mecanismo de pago de compensaciones no funcionaba de manera independiente para cada licitación, sino que en ocasiones las empresas compensaban entre sí pagos de diferentes licitaciones.

Esta Sala considera que la calificación como una infracción única es conforme a Derecho, pues cada empresa se beneficia del mecanismo organizado en mayor o menor medida según sea su situación para ser invitada a participar en una, varias o todas las licitaciones, pero como señala la CNC es responsable de la infracción cuando participa en el mecanismo colusorio.

En cuanto a la falta de obtención de beneficio por la no participación en las restantes 13 licitaciones, no es éste el elemento definitorio del elemento objetivo de la infracción. Se produce un diseño que sólo tiene sentido si se generaliza, de manera que queda organizado un acuerdo para que en cada caso los llamados a participar en la licitación se repartan la menor baja. Es un elemento a tener en cuenta la obtención de un concreto beneficio económico a costa del Estado, pero no es el único ni el definitorio del cártel, porque en cada licitación es una empresa la que ofrece una baja más ventajosa, lo que se ignora antes de producirse los contactos.

Cuestión distinta es que le corresponda una sanción mayor o menor en función de su participación en una o varias licitaciones.

Debemos en consecuencia desestimar tanto la alegación relativa a la improcedente unificación en una única infracción de conductas diferenciadas y autónomas entre sí, como las relacionadas con esta, es decir la segunda, relativa a la inexistencia de un único cártel, y la tercera, según la cual se habría infringido su derecho a la presunción de inocencia y el principio de culpabilidad al haber sido sancionada por conductas que no habría realizado.

Como acabamos de decir en nuestra SAN de 24 de enero de 2013 (recurso nº 695/2011): *"El punto de partida para valorar la conducta de la actora es que se ha presentado a una licitación pública en UTE con otra empresa, siendo la baja a formular uno de los elementos más importantes en la licitación, y habiéndose acreditado que EXTRACO en la licitación litigiosa (4.1-BU-29) participó en la conducta contraria al artículo 1 LDC y apareciendo el nombre de la recurrente junto con el de EXTRACO en los documentos producidos a raíz de la reunión de 16 de junio de 2009 (folio 7 y*

1106). Si a esto se suma que su nombre aparece en solitario en la hoja Excel hallada en la inspección en la sede de CPA, ganadora de la licitación 4.1-BU-29 la Sala considera que la Administración ha establecido un conjunto probatorio que acredita no solo su participación en la infracción sino la concurrencia del elemento subjetivo de la infracción, siendo responsable al menos a título de negligencia.

Por su parte, la actora, no ha practicado prueba en contrario, limitándose a formular alegaciones sobre su falta de conocimiento de la conducta de EXTRACO. El hecho de que la UTE no se formalice sino una vez resultado adjudicataria no constituye, en contra de lo que alega la recurrente, una causa de exención de responsabilidad: la configuración legal de esta figura no exige que la empresa que se presenta en UTE con otra a una licitación la "vigile" como alega la actora, pero si supone el que la oferta presentada la realicen ambas, y el que se firmase el compromiso el mismo día en que se realizó la reunión de Burgos no exime de responsabilidad a la recurrente máxime cuando aparece nominalmente, y separada de Extraco en uno de los documentos relevantes .

Por otra parte, y en contra de lo que igualmente sostiene la actora, si se ha acreditado la existencia de un acuerdo colusorio en la licitación de PROVILSA: en el conjunto del expediente se acreditó la conducta por medio de la documentación entregada por el denunciante, la documentación hallada en los registros de sedes de empresas, consistente con la anterior, los documentos y archivos excel localizados en lugares diferentes y que guardan total coherencia y relación unos con otros. A esto se suma el propio resultado de las licitaciones, las bajas ofertadas coinciden con las que aparecen en la documentación aportada o incautada. Yario por valor de 11.453,38 euros, precisamente la mitad del total que le correspondería por aplicación de los cálculos sobre el exceso obtenido gracias al acuerdo ilícito en relación con la baja que se pretendía ofrecer, y a tales efectos es irrelevante el que la CNC no haya acreditado que fuese cobrado. La mera existencia del pagaré, efectivamente, no habría acreditado la participación de la actora en el cartel, pero junto a este, se encuentran los demás indicios que sumados, permiten concluir su responsabilidad por la infracción litigiosa.

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en reiteradas sentencias (174/1985 , 175/1985 , 229/1988), y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 18 de noviembre de 1.996 , 28 de enero de 1.999 y 6 de marzo de 2.000) puede sentarse que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria. 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 producto 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."

Esos mismos razonamientos nos llevan a declarar cumplidas las mismas exigencias respecto de la participación de la actora en los hechos investigados, los mismos que en aquella otra sentencia analizábamos en relación precisamente con idénticas licitaciones (SAN de esta misma fecha, 19 de junio de 2013, recaída en el Rec. nº 681/11).

6. Se alega también vulneración del artículo 64 LDC que establece los criterios que habrá que seguir la CNC para la determinación del importe de las sanciones, en

especial el de proporcionalidad.

La Comisión Nacional de la Competencia en relación con la empresa actora realiza una aplicación razonable del principio de proporcionalidad, pues ha tenido lugar una lesión del interés público como consecuencia de la actuación de la recurrente.

Como ha establecido el Tribunal Supremo entre otras en la sentencia de 24 de mayo de 2004 :

« el principio de proporcionalidad, en su vertiente aplicativa ha servido en la jurisprudencia como un importante mecanismo de control por parte de los Tribunales del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, cuando la norma establece para una infracción varias sanciones posibles o señala un margen cuantitativo para la fijación de la sanción pecuniaria; y, así, se viene insistiendo en que el mencionado principio de proporcionalidad o de la individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho, hacen de la determinación de la sanción una actividad reglada » .

El artículo 53 LDC establece en su pfo. 2:

"2. Las resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrán contener:

a. La orden de cesación de las conductas prohibidas en un plazo determinado.

b. La imposición de condiciones u obligaciones determinadas, ya sean estructurales o de comportamiento. Las condiciones estructurales sólo podrán imponerse en ausencia de otras de comportamiento de eficacia equivalente o cuando, a pesar de existir condiciones de comportamiento, éstas resulten más gravosas para la empresa en cuestión que una condición estructural.

c. La orden de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas contrarias al interés público.

d. La imposición de multas.

e. El archivo de las actuaciones en los supuestos previstos en la presente Ley.

f. Y cualesquiera otras medidas cuya adopción le autorice esta Ley."

Resulta en consecuencia que en este caso, y en relación con la recurrente, la CNC ha aplicado la LDC que establece como posible contenido de la resolución que pone fin a un procedimiento sancionador la imposición de una sanción de multa, motivado debidamente la imposición de la multa y su cuantía y muy particularmente teniendo en cuenta el porcentaje de participación de CONALVI S.L, en la UTE. En este caso la actora tuvo en 2009 un volumen de negocios de 5.508.933 €, siendo el 10% 550.000 euros. En consecuencia la sanción impuesta lo ha sido sin superar el límite previsto en el art. 63 1. c) de la LDC , teniendo en cuenta que la actora participó solo en dos licitaciones, extremo éste que también ha sido considerado en el proceso de cuantificación de la sanción al ser calculada sobre la base determinada por el volumen de ventas en el mercado afectado, una vez ponderada la concreta duración de la conducta.

7. De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado.

De conformidad con el art. 139-1 de la LRJCA de 13 de julio de 1998, en la redacción dada por la reforma operada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, debe condenarse a la parte recurrente al pago de las costas procesales.

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 la sociedad **CONALVIS.L.**, contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 19 de octubre de 2011, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la recurrente.

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

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

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