

Id. Cendoj: 28079230062013100349
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 03/07/2013
Nº de Recurso: 642/2011
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: ANA ISABEL RESA GOMEZ
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a tres de julio de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo núm. 642/2011 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **CONSTRUCCIONES Y OBRAS LLORENTE S.A.** representada por el Procurador Sr. Rodríguez Nogueira frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 19 de octubre de 2011, relativa a **expediente sancionador por incumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia**, con una cuantía de 417.280 euros, siendo Ponente la Magistrado D^a ANA ISABEL RESA GOMEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO -. La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 2 de diciembre de 2011. Por Decreto del Sr. Secretario se acordó tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO -. En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito de 4 de diciembre de 2012 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, termino suplicando se dicte sentencia por la que se estime el recurso anulando la resolución impugnada, o subsidiariamente reduzca el importe de la sanción impuesta, de acuerdo con las razones expuestas en el cuerpo de este escrito.

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

CUARTO -. Solicitado el recibimiento del pleito a prueba fue practicada la que propuesta se declaró pertinente con el resultado obrante en autos y tras evacuar las partes el trámite de conclusiones quedaron los autos conclusos y pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que tuvo lugar el día 2 de julio de 2013 en el que efectivamente se deliberó, votó y falló, habiéndose observado en la tramitación del presente recurso todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO .- Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por la Comisión Nacional de la Competencia el día 19 de octubre de 2011 en el expediente sancionador S/0226/10, LICITACIONES DE CARRETERAS, incoado por la Dirección de Investigación de la CNC por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

SEGUNDO -. En la parte dispositiva de la resolución impugnada se declara acreditada 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 417.280€.

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 Sala considera que si bien las distintas pruebas aisladamente consideradas pudieran no acreditar por si solas e individualmente la conducta prohibida, su conjunto deja claramente probados los hechos declarados por la CNC, quien señala que al menos en 14 licitaciones públicas ha operado el citado mecanismo. En lo que respecta a CONTRUCCIONES Y OBRAS LLORENTE SA la resolución le imputa haber participado en 1 licitación 32-LE-4000.

TERCERO: La actora alega básicamente como cuestión de fondo la vulneración de los principios de tipicidad y presunción de inocencia al no existir pruebas que acrediten su participación en las conductas imputadas, encontrándose en la misma situación que

otras empresas que fueron absueltas en la propia resolución impugnada y aportando sentencias dictadas por esta misma Sección, que estiman los recursos formulados por otras entidades que se encuentran en idéntica situación. Subsidiariamente alega la vulneración de los principios de individualización de la sanción y de proporcionalidad.

La resolución impugnada señala que COLLOSA ha participado en la licitación 32-LE-4000. El presupuesto máximo de la licitación se fijaba en 6.103.859,5€, siendo invitadas 14 empresas a presentar 14 ofertas económicas. La ejecución de la obra fue adjudicada a ASFALTOS DE LEÓN, con una oferta de 5.727.251,23€, equivalente a una baja de 6,17%. La menor baja fue del 0,5%. COLLOSA ofertó un 6,06%.

COLLOSA manifiesta que ha tomado parte en una licitación y fijado el precio autónomamente. No ha participado en ningún acuerdo colusorio. No hay prueba directa de su participación (no aparece mencionada en el folio 1984) y no ha participado en otras de las licitaciones analizadas. La DI basa su imputación en un único indicio: el importe de la baja. Ello supone una vulneración de la presunción de inocencia. Ni la baja vencedora ni la de COLLOSA son similares a otras licitaciones en las que existe colusión (bajas del 2% al 5%). Además considera que lo relevante es el porcentaje de riesgo asumido (diferencia entre la baja del estudio y la baja del concurso) que en el caso de COLLOSA era competitivo.

Sin embargo en sus alegaciones SORIGUÉ ha manifestado en cuanto a la licitación de LEON que fue invitada a sugerencia de COLLOSA, con quien mantiene relaciones comerciales y quien le propuso acompañarla a esta licitación. Sorigué presentó una oferta con la "baja habitual para licitaciones no competitivas" (de un 0%). La presentación de dicha oferta según SORIGUÉ no supone la participación en el Cártel sino un mero ejercicio de cortesía con COLLOSA.

En vista de las circunstancias descritas, COLLOSA debe ser considerada responsable de la infracción por su participación en el acuerdo ilícito relativo a la licitación 32-LE-4000.

CUARTO: 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 dos elementos indiciarios que sustentan según la resolución impugnada la participación de la recurrente en el cártel:

- El importe de la baja inferior a la que presentó la adjudicataria;
- Las alegaciones de SORIGUÉ que manifiesta que fue invitada por COLLOSA a la licitación de León.

En este caso, la Sala no considera fundamento suficiente, la concurrencia de estos dos elementos para acreditar que participó en el acuerdo consistente en establecer una baja inferior y repartirse la diferencia ilícitamente obtenida por la adjudicataria mediante tal sistema.

Al respecto conviene destacar que la baja vencedora en la licitación 32-LE-4000 (6,17%) no es similar a las bajas vencedoras en las licitaciones en las que existe prueba directa de infracción, que oscilan entre el 2% y el 5%, que la licitación de León se convocó el 18 de enero de 2008 y adjudicó el 4 de julio de 2008 con anterioridad a las reuniones de 16 de diciembre de 2008 y 16 de junio de 2009, en las que la actora no participó; que el porcentaje de riesgo que COLLOSA asume en la licitación 32-LE-4000 al ofertar una baja del 6,06% es del 12,63%, similar al asumido por dicha empresa en otras licitaciones convocadas por el Ministerio de Fomento para obras en Castilla y León en 2008 que fue de entre el 10 y el 15%, riesgo que la actora justifica en los diversos mecanismos jurídicos que la empresa adjudicataria posee con posterioridad a la adjudicación para ajustar los costes y modificar al alza los precios, negociando con la Administración convocante por ejemplo el número de unidades o sustituir unas calidades o acabados por otros equivalentes pero más económicos y que existe una contradicción en las declaraciones de SORIGUÉ al señalar que fue invitada a participar en la licitación de León por COLLOSA, lo que desde luego no se acredita y cuando además la adjudicación de dicha obra se produjo con anterioridad a la primera reunión celebrada el 16 de diciembre de 2008 en la que SORIGUÉ participó, según declara, a instancias de EXTRACO y de PAVASAL, así lo indica aquella en sus alegaciones al PCH (folio 5640) y en cuanto a la hoja de cálculo de "Ingresos y pagos 1.xls" de Misturas (folio 1984) se recoge un pago de Asfaltos de León, adjudicataria, a Misturas y Extraco pero no a COLLOSA.

Como el propio Tribunal Supremo ha recordado, se viene admitiendo en materia sancionadora por infracciones de las normas de Defensa de la Competencia, que el juicio de reprochabilidad se base en pruebas de indicios, si bien como se razona en la sentencia de 26 de abril de 2005, tales pruebas indiciarias deben estar sometidas a un estricto control para ponderar su validez, fundado tal rigor en la valoración de las pruebas indiciarias en el derecho a la presunción de inocencia. Añade la sentencia citada que *"la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión, de modo que será irrazonable si los indicios acreditados no llevan naturalmente al hecho que se hace desprender de ellos o lo descartan, como desde el canon de su suficiencia o calidad concluyente, no siendo pues razonable cuando la inferencia sea excesivamente abierta, débil o imprecisa."*

Si se comprueban los indicios tenidos en consideración tanto por la Dirección de Investigación como el Consejo de la CNC, la recurrente no figura en ninguna de las hojas de cálculo relativas a ingresos y pagos, ni consta que participara en reuniones, ni aparece en otros documentos tenidos en consideración por la Administración para

entender probada la participación de distintas empresas en la conducta constitutiva de la infracción, ni siquiera las declaraciones de Sorigué son suficientes pues carecen de toda validez, desde el momento en que resultan contradictorios a la vista de cómo se desarrollaron los hechos.

En estas circunstancias no cabe sino estimar el recurso y anular la resolución impugnada en el único extremo relativo a la participación de la hoy actora en los acuerdos de la licitación "32-LE-4000" por la que ha sido condenada, con la correlativa anulación de la sanción impuesta.

QUINTO -. La estimación del recurso debe conllevar la condena al pago de las costas de la Administración demandada, no apreciándose razones que justifiquen un pronunciamiento contrario.

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

FALLAMOS

Que debemos **ESTIMAR Y ESTIMAMOS** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **CONSTRUCCIONES Y OBRAS LLORENTE SA (COLLOSA)** contra el Acuerdo dictado el día 19 de octubre de 2011 por la Comisión Nacional de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, que anulamos en el único extremo relativo a la participación de la hoy actora en los acuerdos de la licitación "32-LE-4000" por la que ha sido condenada, con la correlativa anulación de la sanción impuesta. Con condena al pago de las costas a la Administración demandada.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma **no cabe recurso de casación** , siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985 , y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, 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.