

**Id. Cendoj:** 28079230062013100370  
**Órgano:** Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
**Sede:** Madrid  
**Sección:** 6  
**Nº de Resolución:**  
**Fecha de Resolución:** 26/06/2013  
**Nº de Recurso:** 641/2011  
**Jurisdicción:** Contencioso  
**Ponente:** MARIA ASUNCION SALVO TAMBO  
**Procedimiento:** CONTENCIOSO  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

#### **Resumen:**

Prácticas anticompetitivas prohibidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 13 de julio, de Defensa de la Competencia.

#### **Idioma:**

Español

---

### **SENTENCIA**

Madrid, a veintiseis 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 641/2011 se tramita a instancia de entidad **OBRAS HERGON, S.A.U ("HERGONSA")**, representada por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, 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. Siendo la cuantía del presente recurso 555.960 euros.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. La parte actora interpuso, en fecha 2 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** Que teniendo por presentado este escrito se sirva admitirlo, y en mérito de lo que en él se expone tenga por formulada demanda contencioso-administrativa contra la Resolución adoptada por el Consejo de la Comisión Nacional de Competencia el 19 de octubre de 2011, Resolución que deberá ser declarada contraria a Derecho en su integridad, y como consecuencia de ello anuladas todas sus declaraciones e

intimaciones, incluida la multa impuesta a mi mandante.

*Subsidiariamente, y solo para el caso de que la Sala a la que tengo el honor de dirigirme desestime los argumentos de nulidad de la Resolución, estime la reducción sustancial de la multa de 555.960 euros impuesta a HERGONSA por las razones que han quedado expuestas a lo largo del presente escrito.*

*En cualquiera de los casos anteriores, se solicita que se acuerde expresa imposición de costas a la Administración demandada y que se ordene a la CNC la publicación, a su costa, de la parte dispositiva de la sentencia que se dicte."*

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 3 de diciembre 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 30 de abril de 2013 se señaló para votación y fallo el día 25 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 Ima. Sra. D<sup>a</sup> 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, OBRAS HERGON, S.A.U ("HERGONSA") , 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.

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 los siguientes:

*"1.36. OBRAS HERGÓN, S.A. (HERGONSA). Empresa ubicada en Valladolid, especializada en obra civil, más concretamente, en la ejecución y conservación de carreteras. En 2008 facturó 27 millones de euros. La empresa matriz es Grupo Hergonsa 2008 Holding S.L."*

HERGONSA, invitada a participar en las licitaciones de AVILA y SORIA, ha manifestado en sus alegaciones lo siguiente (folio 7429):

*"Tras recibir el PCH, HERGONSA efectuó las comprobaciones pertinentes en la*

contabilidad de la empresa y localizó facturas cuyos importes coinciden con los mencionados por la DI en el PCH. Al objeto de cooperar plenamente en la tramitación del expediente HERGONSA aportó voluntariamente copia de dichas facturas a la Dirección de Investigación ("DI").

Asimismo, HERGONSA reconoció en sus alegaciones al PCH que uno de sus empleados había asistido a una reunión en la que distintas empresas habrían alcanzado acuerdos relativos a las bajas que presentarían en una serie de licitaciones. Esta persona fue invitada a participar en la discusión relativa a dos licitaciones concretas, regidas por el procedimiento de subasta restringida, a las que HERGONSA había sido invitada a concurrir. La asistencia del empleado de HERGONSA a esas reuniones tuvo lugar sin conocimiento o consentimiento por parte de los responsables de la empresa".

En concreto se trata aquí de dos licitaciones (32-AV-2970 AVILA y 32-SO-2940 SORIA) convocadas por el Ministerio de Fomento. Su identidad figura en los documentos en los que se recoge la participación en dichas licitaciones.

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

- Indebida recalificación del Consejo
- Caducidad del expediente administrativo.
- Resolución adoptada por Presidente ya cesado.
- Errónea determinación del alcance de la infracción.
- Incorrecta delimitación del mercado afectado
- Inexistencia de infracción única y continuada.
- Infracción de la normativa administrativa y de los principios informadores del Derecho Administrativo respecto a la cuantía de la multa.

**4.** La Sala ya ha resuelto las cuestiones formales o de procedimiento que de nuevo se nos plantean. Así en nuestra SAN de 26- 10-12 dictada en el rec. nº 639/2011 hemos declarado:

**"TERCERO** : Hemos de examinar tres alegaciones que con carácter previo a las cuestiones de fondo alega la actora, la relativa a indefensión al no haber podido acceder a todos los datos de la denuncia, la relativa a la inspección domiciliaria del 15 de octubre de 2009, y la referida al cese del Presidente de la CNC.

En cuanto a la falta de conocimiento de los datos confidenciales contenidos en la denuncia, hemos de recordar la doctrina jurisprudencial respecto de la admisión de pruebas, pues la ratio es la misma, se trata de aportar elementos fácticos al expediente:

*"El presunto responsable de una infracción administrativa tiene derecho a utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico que resulten procedentes, y la Administración debe practicar cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de hechos y posibles responsabilidades, siendo adecuadas las pruebas*

*que están dirigidas a la determinación, comprobación y establecimiento de los hechos que han motivado la investigación y la incoación del expediente sancionador.*

*La jurisprudencia considera que la apreciación de tal adecuación corresponde al órgano instructor, ( STS de 4 de marzo de 1997 y SS de la Audiencia Nacional de 16 de enero de 2008 y 2 de julio de 2009 ), que debe motivar adecuadamente su denegación, ya que la ausencia de motivación podría ser causa de nulidad por vulnerar el art. 24 de la CE , pero sólo si generara indefensión. Así se ha manifestado el Tribunal Constitucional (sentencia 79/2002 ), para quien no basta la ausencia de motivación o una interpretación arbitraria sobre la adecuación de la prueba, sino que es preciso que la ausencia de prueba se haya traducido en una efectiva indefensión.*

*La estimación de la nulidad precisa que se acredite que la resolución pudiera haber sido otra si la prueba se hubiese admitido o si admitida se hubiera practicado. En resumen y tal y como expone el Tribunal Constitucional en sentencia más reciente ( STC 258/2007, de 18 de diciembre ), para considerar si ha existido o no indefensión deberá verificarse "si la prueba es decisiva en términos de defensa". ( Sentencia cuatro de noviembre de dos mil diez, recurso 3/2009, de esta Sección ).*

*Concretamente respecto de la confidencialidad, "la Sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 17 de diciembre de 1991 , recaída en el asunto Hércules Chemicals, a tenor de la cual, "el respeto del derecho de defensa no exige que la empresa implicada en un procedimiento pueda comentar todos los documentos que formen parte del expediente de la Comisión, puesto que no hay disposiciones que impongan a la Comisión la obligación de comunicar sus expedientes a las partes interesadas ( sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1984, asuntos acumulados 43/82 , apartado 25 )*

*En síntesis, la adecuada ponderación entre el derecho a la defensa y el respeto a la confidencialidad, tácita o expresa, de determinados extremos obrantes en el expediente, exige un esfuerzo analítico de las razones por las que se considera pertinente la aportación de documentos de conocimiento limitado, coherente con el principio, de raigambre anglosajona, a tenor del cual el acceso debe ampararse en la llamada "need to know", necesidad que debe justificarse, en este caso concreto, por referencia a cada uno de los documentos solicitados".*

*( Sentencia del TS de ocho de Junio de dos mil once, recurso 2385/2007 ).*

Aplicando tal doctrina al supuesto de autos no podemos apreciar indefensión porque todos los elementos fácticos en los que se fundamenta la declaración de infracción y la sanción, han sido conocidos por la recurrente, y sin que concrete la forma en que la confidencialidad le ha causado indefensión material.

En cuanto a la inspección, la propia recurrente manifiesta en su demanda que el objeto de la misma era verificar conductas anticompetitivas en los mercados de contratación, suministros y ejecución de obras para clientes públicos y privados por acuerdos de reparto de mercado y fijación de precios y condiciones comerciales. No puede negarse que los elementos de hecho del presente expediente se engloban en los que motivaron la inspección. No ha existido por ello extralimitación en la misma.

En cuanto al cese del Sr. Presidente de la CNC, el acuerdo que nos ocupa se adoptó el 13 de octubre de 2011, antes del cese - el 14 de octubre de 2011 -, y si bien la Resolución se redacta el 19 de octubre de 2011, recoge la decisión adoptada el día 13

por el órgano colegiado aún presidido por el Sr. Hugo . El 19 de octubre de 2011 se plasma por escrito una decisión previamente adoptada, y se refleja la composición del órgano que la adoptó. Esta forma de proceder no vulnera precepto alguno."

5. Previamente a la calificación jurídica de la conducta hemos de examinar dos cuestiones, la relativa a la valoración de la prueba y la prueba de indicios.

Se afirma por la actora que la cita de su nombre en documentos elaborados por terceros no implica que reflejen hechos ciertos y los pagos acreditados, no tienen necesariamente que responder a las actuaciones antes descritas.

Pues bien, valorando la prueba en su conjunto, tanto los documentos como los pagos, como la confesión de los hechos de algunas implicadas, se llega, sin duda, a la conclusión de que el relato fáctico anterior ha quedado plenamente probado.

En cuanto a la prueba de indicios, es bien sabido que su utilización en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998741 ) y 28 de enero de 1999 (RJ 199974). Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano.

Pues bien, todos los elementos fácticos señalados - cita en documentos, pagos realizados y confesión de algunas implicadas -, llevan a una sola conclusión posible, y es la participación de la recurrente en los hechos que se le imputan; sin que se haya ofrecido una explicación alternativa razonable, fundamentalmente respecto de los pagos realizados, y sin que la Sala alcance a encontrar otra explicación distinta de la dada por la CNC a los hechos que nos ocupan.

En cuanto a la modificación de los hechos por la CNC, pues la Dirección determinó la existencia de catorce cárteles y la CNC sólo uno, no se trata de alteración de los hechos sino de valoración de los mismos, esto es, de su interpretación, y sin que tal calificación sea sustancial a los hechos imputados.

El artículo 1 de la Ley 15/2007 :

*"1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:*

*a. La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*

*b. La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*

*c. El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.*

*d. La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales*

*para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*

*e. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos."*

De los hechos relatados resulta la existencia de diferentes acuerdos, insertos, como señala la CNC, en una estrategia global, que de forma efectiva modificaron los precios en las distintas licitaciones.

Respecto del mercado afectado, la Sala comparte las apreciaciones de la CNC:

*"Se ha constatado que el mecanismo colusorio afectaba a licitaciones públicas del ámbito de la conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas (carreteras, autovías, etc.). Este es el ámbito donde era susceptible que la infracción produjera efectos y el que debe considerarse como referencia a efectos del cálculo del importe básico de la sanción.*

*El Consejo considera que las licitaciones de obra para la construcción de carreteras y autovías no forman parte de este mercado. Las características técnicas de este tipo de obras y su envergadura llevan a considerar que no existe sustituibilidad suficiente por el lado de la oferta para considerarlas parte del mismo mercado que las obras de rehabilitación. De hecho, aunque algunas de las empresas involucradas en este expediente pertenecen a grupos que sí se presentan a licitaciones de obras de construcción, buena parte de las empresas han reconocido que en su caso el desglose por construcción no procede.*

*El hecho de que las licitaciones públicas de obras de construcción de carreteras y autovías no formen parte del volumen de ventas afectado por esta infracción no debe malinterpretarse y llevar a considerar que del volumen de negocios correspondiente a las licitaciones de mejora, refuerzo y rehabilitación de firmes y plataformas haya que descontar aquellas partes que las empresas, a su entender, consideran más cercanas a la construcción. Esto es lo que algunas partes han pretendido en su contestación a la actuación complementaria prevista por este Consejo en su Acuerdo de 19 de julio de 2011. Sin embargo, ese tipo de actuaciones vienen comprendidas en la misma licitación, como parte del proceso de rehabilitación y mejora del firme o de la plataforma, lo llevan a efecto las mismas empresas y no quedan fuera del perímetro del volumen de negocios afectado por la infracción.... Algunas partes consideran que por razones técnicas y de equipos necesarios para la obra no deben considerarse como parte del mismo mercado la rehabilitación de plataformas y de firmes (ARCEBANSA, OCASA, BETUNES Y FIRMES y EXTRACO). Sin embargo, no se aprecian elementos de hecho que apoyen esta distinción. En el listado de obras de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas (carreteras, autovías, etc.) remitido por el Ministerio de Fomento para el periodo 2007-2009 se observa cierta diversidad en la cartera de proyectos: hay obras de más o menos importe; obras que se refieren solo a la rehabilitación de firme frente a otras que persiguen su refuerzo estructural. Sin embargo, se observa que las empresas -o al menos un nutrido grupo de ellas- se presentan a uno u otro tipo de obra indiferentemente, lo que es síntoma inequívoco de sustituibilidad por el lado de la oferta. Probablemente aunque los medios necesarios para ejecutarlas presenten ciertas diferencias, las empresas que se dedican a este tipo de proyectos están en condiciones de disponer de ellos. De hecho, el Ministerio de Fomento no ha realizado ningún tipo de distingo al respecto.*

*El mercado tiene sin lugar a dudas dimensión nacional. 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. En este sentido, las 14 licitaciones analizadas constituyen un claro ejemplo de ello. Ciertamente hay algunas empresas que tienen su negocio más centrado en un territorio, pero obviamente se pueden ver sujetas a las presiones competitivas de las empresas que operan a escala nacional o en otras zonas. Algunas partes defienden la supuesta dimensión regional del mercado por la necesidad de planta de aglomerado cercana. Sin negar que este sea un factor relevante para realizar una oferta más competitiva, el carecer de planta no impide tener acceso al producto por otros medios (mediante contratación o celebración de UTE) o que las empresas con plantas en regiones vecinas presenten sus ofertas en la licitación propagándose las presiones competitivas. En definitiva, estamos ante un mercado en el que la competencia se desenvuelve a escala nacional. Precisamente por ello tampoco cabe diferenciar mercados en base a la autoridad que convoca la licitación como algunas partes proponen (OCASA, BETUNES Y FIRMES). 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.*

*Algunas empresas alegan que subastas restringidas y abiertas no forman parte del mismo mercado (CHM y PADELSA, EIFFAGE, VIASCON, EXTRACO). La razón estriba en que mientras que a las abiertas puede presentarse todo el que esté calificado a las restringidas solo se presentan aquellos que, tras mostrar su interés, sean seleccionados. Una vez más, en el listado de licitaciones remitido por el Ministerio de Fomento se observa que las empresas se presentan indiferentemente a uno u otro tipo de licitación sin que se requieran medios técnicos u económicos diferentes para ello. Esto es, no hay obstáculos para que las empresas que se presentan al procedimiento abierto puedan concurrir al restringido ejerciendo una presión competitiva, incluso en fase de preselección. El hecho de que el número de empresas sea menor en el procedimiento restringido no lleva a definir mercados separados, sin perjuicio de que pueda ser un factor que aumente la probabilidad de colusión como algunas partes han sugerido."*

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 alega con carácter subsidiario infracción de la normativa administrativa y de los principios informadores del Derecho Administrativo respecto de la cuantía de la multa:

En primer lugar por una indebida consideración del mercado relevante afectado; en segundo lugar por un error en la determinación de la duración de la infracción, y por último, alega la actora arbitrariedad en la cuantificación de la sanción por no estar debidamente individualizada.

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 establecer 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, 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 la 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 ).

Asimismo en nuestra SAN de 4 de enero de 2013 (Rec. 631/2011 ) acabamos de decir:

Considera, por último la actora que la sanción impuesta ha sido cuantificada erróneamente. A su juicio ha existido una incorrecta delimitación del mercado relevante, deben excluirse las licitaciones adjudicadas o cuyas ofertas se hayan presentado con anterioridad a 2008. Así la cifra a tomar en consideración para el cálculo de la sanción sería la de 815.890 euros, cantidad que se correspondería con la única obra adjudicada a PADELSA dentro del período de la infracción, en el mercado de producto definido por la Resolución y además por procedimiento restringido que es la obra *"Rehabilitación estructural del firme en las carreteras N-344, P.K.31 al 67 y 73,800 al 101,500 y la MU-30, PP.KK.0,000 al 9,900. Provincia de Murcia"* .

También alega que el limitado efecto que habría tenido la infracción no justificaría en ningún caso una sanción superior al 12% del supuesto volumen de negocios afectado y que la CNC no ha valorado la delicada situación financiera de la recurrente ni las previsiones de caída drástica de la inversión pública.

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 cuanto a la no aplicabilidad del párrafo II del apartado 14 de la Comunicación de la CNC sobre el cálculo del importe de las multas, esta Sala estima que no se ha razonado por la resolución. En efecto, al analizar los efectos se señala que "*Se ha acreditado que en estas licitaciones los acuerdos colusorios desplegaron sus efectos y las bajas se vieron alteradas en beneficio de las empresas y en detrimento del presupuesto público. Obviamente ha existido un beneficio ilícito procedente de esta conducta cuyo reparto a ciencia cierta no se conoce con detalle para las 14 licitaciones*" y a continuación se señala:

*"Resultan inaceptables los argumentos esgrimidos por algunas empresas de que este tipo de colusión no afecta significativamente a los consumidores o de que en ausencia de ella el resultado hubiera sido el mismo. 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, 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. "*

Pero donde a juicio del Abogado del Estado se está recogiendo que el mercado en el que se ha producido la colusión corresponde a un input productivo susceptible de provocar efectos en cascada en otros mercados es cuando la resolución señala que la distorsión de las bajas contribuye a falsear los precios del mercado, porque se indica que de acuerdo con la Ley de Contratos del Sector Público los órganos de contratación deben tratar de que los precios se ajusten a los que dicta el mercado. Se cita expresamente, el artículo 76.2 dispone sobre el cálculo del valor estimado de los contratos:

*"La estimación deberá hacerse teniendo en cuenta los precios habituales en el mercado, y estar referida al momento del envío del anuncio de licitación o, en caso de que no se requiera un anuncio de este tipo, al momento en que el órgano de contratación inicie el procedimiento de adjudicación del contrato..."*

La CNC no ha fundamentado el porcentaje en esta parte de la Comunicación, y por esta razón no ha realizado argumentación alguna sobre el hecho de que es procedente aumentar hasta el 30% el porcentaje, cuando se trata de un mercado que corresponde a un input productivo susceptible de provocar efectos en cascada a distintos mercados. Pero esta falta de razonamiento carece de consecuencias a los efectos estudiados.

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%." Es decir, se llega al 30% por una razón que no guarda relación con el apartado 14.*

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.

La ley no ha previsto que se considere circunstancia atenuante la situación financiera de la empresa ni la situación de crisis económica, como tampoco es circunstancia agravante la buena situación económica de la entidad o general.

En la decisión de la Comisión Europea de 23 de junio de 2010 asunto COMP/39092 se analizó el problema que suscita la recurrente desde el punto de vista de la llamada "incapacidad contributiva" en los siguientes términos:

*"(17) Diez empresas alegaron su incapacidad contributiva al amparo del apartado 35 de las Directrices sobre Multas de 2006. La Comisión examinó dichas alegaciones y analizó cuidadosamente la situación financiera de dichas empresas y el contexto económico y social particular.*

*(18) A la hora de evaluar la situación financiera de la empresa, la Comisión examinó las declaraciones financieras recientes y actuales de la empresa, así como sus proyecciones para ejercicios venideros. La Comisión consideró una serie de coeficientes financieros que medían la solidez, rentabilidad, solvencia y liquidez de las empresas, así como su situación de capital y flujo de tesorería. Además, la Comisión tuvo en cuenta las relaciones con los socios financieros exteriores, tales como los bancos y los accionistas. El análisis también tuvo en cuenta los planes de reestructuración.*

*(19) La Comisión evaluó el contexto económico y social particular de cada empresa cuya situación financiera se constató que era suficientemente crítica. En este contexto, se tuvo en cuenta el impacto de la crisis económica y financiera mundial en el sector de los productos para el cuarto de baño. La Comisión también llegó a la conclusión, válida para las cinco empresas afectadas, de que la multa causaría una pérdida significativa de valor de sus activos.*

*(20) Como resultado del análisis de la Comisión, las multas de tres empresas se redujeron en un 50 % y las de otras dos, en un 25 %, dada su difícil situación financiera."*

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso.

**7.** 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 2 de diciembre de 2011 procede la condena en costas a la parte actora.

## **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 **OBRAS HERGON, S.A.U ("HERGONSA")**, 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<sup>a</sup> MARIA ASUNCION SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo Doy fe.