

Id. Cendoj: 28079230062013100035
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 31/01/2013
Nº de Recurso: 557/2011
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MARIA ASUNCION SALVO TAMBO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

PRACTICAS PROHIBIDAS.

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a treinta y uno de enero 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 557/2011 se tramita a instancia de **CAMPEZO ASFALTOS DE CASTILLA Y LEON SLU y GRUPO CAMPEZO OBRAS Y SERVICIOS S.L.** entidad representada por la Procuradora D^a. María Luisa Noya Otero, 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 **codemandados** la Sociedad ASFALTOS DE LEON S.A., entidad representada por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillen, ASFALTOS Y CONSTRUCCIONES ELSAN S.A., representada por el Procurador D. German Cesáreo Marina Grimau y EXCAVACIONES SAIZ S.A. y GEHORSA, representadas por el Procurador D. Manuel Lancharés Perlado

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 28 de octubre 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 el documento que se acompaña, y sus copias; por formalizada en tiempo y forma la demanda, y tras los

trámites oportunos, se dicte en su día sentencia por la que, estimando la demanda, declare nula y contraria a Derecho la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 19 de octubre de 2011, dictada en el expediente NUM000 "Licitación carreteras" por los siguientes motivos:

PRIMERO . *Incompetencia de la CNC para la apertura, tramitación y resolución del expediente en virtud del cual se sanciona a mis representadas por ser competentes los órganos de defensa de la competencia de la CC AA de Castilla y León.*

SEGUNDO . *Por infracción del art. 5. cuarto de la Ley 1/2002 de Coordinación de las Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.*

TERCERO . *Por infracción del art. 1 LDC al aplicarse a mis representadas con violación de los principios del derecho administrativo sancionador, en especial los de presunción de inocencia y culpabilidad.*

CUARTO . *Para el supuesto de considerar infractora a mi representada Campezo Asfaltos de Castilla y León SLU, se considere infringido el art. 64 LDC y en consecuencia se module y rebaje la sanción."*

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. Mediante Diligencia de Ordenación de 22 de junio de 2012 se dió traslado al Procurador D. Germán Cesareo Grimau, en representación del codemandado ASFALTOS Y CONSTRUCCIONES ELSAN S.A para que contestara la demanda, lo que hizo en tiempo; concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"SUPLICO A LA SALA, Que teniendo por presentado este escrito, lo admita y declare producido el allanamiento de mi representada de conformidad con el Artículo 75 de la LJCA ."

3. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto, de fecha 10 de septiembre 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 22 de enero de 2013 se señaló para votación y fallo el día 29 de enero 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 NUM000 , 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 (CAMPEZO ASFALTOS CASTILLA Y LEÓN, 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, los siguientes:

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

Imponer una multa de 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."

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:

"1.12. CAMPEZO ASFALTOS DE CASTILLA Y LEÓN, S.L. (anteriormente denominada OSCAL OBRAS Y SERVICIOS, S.L., OSCAL). Empresa constructora con sede en Palencia, especializada en construcción general de edificios y obras singulares de ingeniería (puentes, túneles, etc.), así como la explotación de plantas de aglomerado asfáltico y de hormigones. El accionista único es **Grupo Campezo Obras y Servicios SL** (100%). El 15 de octubre de 2009 fue inspeccionada por la CNC.

1.34. GRUPO CAMPEZO OBRAS Y SERVICIOS, S.L. (CAMPEZO). Empresa matriz del Grupo Campezo, con sede en San Sebastián. Sus principales accionistas son Calcinor Construmat SL (51% del capital social) y Arian Construcción y Gestión de Infraestructuras SA (44% del capital social). Las empresas que constituyen este grupo empresarial son: **Campezo Asfaltos de Castilla y León SL** (100%), también imputada en este expediente, **Campezo Participadas SL** (100%), **Proyectos y Obras PABISA SA** (100%), **Campezo Construcción S.A.** (100%), **Campezo Medio Ambiente SA** (99,99%) y **GUIPASA SA** (99,99%). La sede de esta empresa fue inspeccionada por la CNC el 15 de octubre de 2009. **Campezo Construcción S.A.** ha participado en una de las licitaciones investigadas en este expediente en UTE con CAMPEZO ASFALTOS DE CASTILLA Y LEÓN, S.L. aunque no ha sido imputada.

1. LICITACIÓN DE PROVILSA

En la denuncia que originó este expediente se señalaba la existencia de un cártel que habría acordado la modificación de las ofertas económicas a presentar en la licitación pública **"C-15. BU-561 de Villarcayo (CL-629) - Santelices (BU-526), P.K. 0,000 a 20,200. Clave: 4.1-BU-29"**, provincia de Burgos convocada, por PROVILSA (folio 4 a 10).

Las 11 empresas licitantes (tres de ellas en UTE) fueron: GRUPO CAMPEZO OBRAS Y SERVICIOS, S.L. (en UTE con CAMPEZO ASFALTOS DE CASTILLA Y LEÓN, S.L.) con oferta de 1.804.152,76 euros y baja de 6,55%; **TEBYCÓN, S.A.** con oferta de

1.805.118,06 euros y baja de 6,5%; EXCAVACIONES SAIZ, S.A. (en UTE con COMPAÑÍA GENERAL DE HORMIGONES Y ASFALTOS, S.A.) con oferta de 1.775.000 euros y baja de 8,06%; MISTURAS OBRAS E PROXECTOS, S.A. con oferta de 1.810.909 euros y baja de 6,2%; CONSTRUCCIÓN INTEGRAL DE FIRMES CPA, S.A. con oferta de 1.773.263,03 euros y baja de 8,15%; PAVIMENTOS ASFÁLTICOS DE CASTILLA, S.A. con oferta de 1.785.554,65 euros y baja de 7,51%; ALARIO OBRA CIVIL, S.L. (en UTE con EXTRACO CONSTRUCCIONS E PROXECTOS, S.A.) con oferta de 1.787.742 euros y baja de 7,4%; ASFALTOS DE LEÓN, S.A. con oferta de 1.882.342,36 euros y baja de 2,5%;

En la licitación 4.1-BU-29 de PROVILSA (HP 6.1), la empresa adjudicataria, CPA, habría ofertado una baja de 28% que finalmente se acordó que fuera de 8,15% (folios 7, 1.106 y 2.397), cifra que coincide con la que finalmente resultó vencedora de la licitación (folio 1.798), Al mismo tiempo el acuerdo incluía que el resto de empresas participantes realizaran bajas inferiores a 8,15% para garantizar la victoria de CPA en la licitación como queda acreditado en la documentación remitida por PROVILSA (folio 1.798).

Las bajas competitivas de cada empresa y la nueva baja acordada para el vencedor (folio 7 y folios 1.111) eran incluidas junto con el presupuesto máximo de cada obra (obtenido de los pliegos), en las hojas de cálculo preparadas para cada licitación (folios 1.106 y del 1.994 al 2.007), obteniéndose la diferencia monetaria a repartir y la cantidad correspondiente a cada empresa por participar en la licitación modificando su oferta económica prevista. La fórmula con la que se fijarían las cantidades a cobrar por cada empresa implicaría proporcionalidad, de manera que cuanto mayor fuera la baja ofertada en condiciones competitivas, mayor sería la cantidad a recibir a consecuencia del pacto de ofertas. Este reparto queda acreditado en los "Archivos Excel de MISTURAS" (folios 1.994 a 2.007)."

De las catorce licitaciones a que se refiere el expediente en cuestión, una fue convocada por la empresa pública de la Junta de Castilla y León (PROVILSA) y las otras trece por la Dirección General de Carreteras del Ministerio de Fomento.

En concreto, se trata aquí de la licitación **4.1 -BU-29 (BURGOS)** con un presupuesto de 1.930.607,55 euros.

Según la Resolución impugnada la oferta vencedora de CPA habría sido acordada por el cártel en la reunión del 16 de junio de 2009, celebrada en el Hotel Landa de Burgos. Las bajas que cada empresa habría presentado están recogidas en la documentación manuscrita aportada por el denunciante y en el Archivo Excel de todo Excavaciones Saiz (folio 1106), figurando en el Excel que la empresa adjudicataria de esta obra, CPA habría presentado una baja del 28%.

CAMPEZO ASFALTOS DE CASTILLA Y LEÓN, S.L. (anteriormente denominada OSCAL OBRAS Y SERVICIOS, S.L.), ha participado en una licitación (4.1-BU-29) en UTE con CAMPEZO CONSTRUCCIÓN S.A. Su identidad aparece reflejada en documentación que acredita la colusión en dicha licitación y que revela su participación en la reunión de 16 de junio de 2009. Consta asimismo acreditado que CPA realizó pagos a CAMPEZO (HP 6.1).

La parte alega que la oferta presentada por CAMPEZO CONSTRUCCIÓN S.A. y OSCAL en UTE ante PROVILSA fue presentada por D. Leoncio el 17 de junio de 2009, después de que se le hubieran revocado los poderes el 13 de mayo de 2009. Insinúan

que este señor pudiera haber conspirado esta maniobra con el denunciante

CAMPEZO ASFALTOS DE CASTILLA Y LEÓN, S.L. (anteriormente denominada OSCAL OBRAS Y SERVICIOS, S.L.), ha participado en una licitación (4.1-BU-29) en UTE con CAMPEZO CONSTRUCCIÓN S.A. Su identidad aparece reflejada en documentación que acredita la colusión en dicha licitación y que revela su participación en la reunión de 16 de junio de 2009. Consta asimismo acreditado que CPA realizó pagos a CAMPEZO (HP 6.1).

La parte alega que la oferta presentada por CAMPEZO CONSTRUCCIÓN S.A. y OSCAL en UTE ante PROVILSA fue presentada por D. Leoncio el 17 de junio de 2009, después de que se le hubieran revocado los poderes el 13 de mayo de 2009. Insinúan que este señor pudiera haber conspirado esta maniobra con el denunciante.

Este relato merece ciertas puntualizaciones. Lo que CAMPEZO ha acreditado es que, en una determinada fecha a una nutrida lista de personas -incluido el Sr. Leoncio , pero también el Sr. Fructuoso que en la fecha de la inspección seguía siendo Director Financiero del Grupo Campezo, folio 188- le fueron revocados los poderes de representación de la empresa CAMPEZO CONSTRUCCIÓN S.A. Sin embargo, a pesar del requerimiento del Consejo CAMPEZO, no se ha completado esta prueba de descargo poniendo de manifiesto si con posterioridad a dicho acto se le renovaron a esta persona los poderes de representación en esta empresa del grupo o en otra, lo que la habría permitido presentar la oferta.

Además, tales afirmaciones resultan cuanto menos chocantes por cuanto viene a decir CAMPEZO que un empleado suyo, pretendidamente sin poderes, no le representa y además se presenta a un concurso firmando en nombre de la empresa, superando los trámites administrativos, entre ellos el bastanteo de poderes por la Abogacía del Estado, a sus espaldas. Ciertamente no resulta de recibo esta afirmación, pues ¿acaso se quiere decir que CAMPEZO no se extrañó cuando recibió notificaciones, o vio publicado su nombre en un concurso al que había sido invitado, y al que se presentó sin su conocimiento?. Resulta cuando menos extraño que una persona sin poderes elabore y presente una oferta a una subasta administrativa en nombre de dos empresas de grupo sin que nadie del grupo lo advierta. Tal grado de negligencia, de ser posible, solo puede ser considerado culpable. En este contexto parece lógico que no se haya cumplimentado debidamente la propia prueba propuesta para intentar ocultar, tras una débil cortina de humo, el hecho incontestable que todos los actos en relación con el concurso público al que se refiere, fueron realizados con el consentimiento de la empresa y, en definitiva, que la alegación exculpatoria resulta inverosímil.

CAMPEZO sostiene que los pagarés se emitieron, pero según la prueba practicada ante la Dirección de Investigación, en vez de hacerse a nombre de CAMPEZO S.A., el Banco Gallego emitió a nombre de CPA pagarés por los importes que se imputan a CAMPEZO, pero en blanco. También alega la parte que no tiene constancia de que tales pagarés se cobraran o descontaran en el Banco Gallego. Considera que han podido ser manipulados y se recuerda en este sentido la querrela admitida a trámite contra el denunciante.

En primer lugar, el hecho de que se emitieran en blanco no resta validez a la prueba aportada por el denunciante: en las fotocopias de los pagarés se aprecia el nombre de CAMPEZO escrito a mano (folio 6).

En segundo lugar, este relato no deja de suponer de manera implícita un reconocimiento por la parte de que los pagarés concernientes al acuerdo colusorio se emitieron. El resto de partes en el acuerdo y, en concreto, CPA, actuaron además en la confianza de que CAMPEZO formaba parte del mismo. El pago acordado CAMPEZO por parte de CPA fue realizado en el marco de los acuerdos colusorios descritos, todo ello sin perjuicio de los pleitos que entre CAMPEZO y su apoderado (o ex apoderado) puedan mediar. Por otra parte, el hecho de que no haya constancia que esos pagos fueran descontados en el Banco Gallego no supone que no se hiciera en otra entidad.

A la vista de todo ello, puede concluirse que CAMPEZO ASFALTOS DE CASTILLA Y LEÓN, S.L. es responsable de la infracción por su participación en el acuerdo ilícito relativo a la licitación 4.1-BU-29.

Como consecuencia de los razonamientos que se recogen en dicho acuerdo, parte de los cuales hemos reproducido literalmente, se impone a la hoy actora una sanción de 100.000 euros.

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.

CAMPEZO ha participado en una licitación en UTE con CAMPEZO CONSTRUCCIÓN S.A. 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. Consta asimismo acreditado que CPA realizó pagos a CAMPEZO.

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 solo 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 este el elemento definitorio del elemento objetivo de la infracción. Se produce un diseño que solo 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.

Deben en consecuencia desestimarse 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.

Las pretendidas alegaciones exculpatorias de la actora siguen hasta el momento sin acreditar, particularmente las pretendidas maniobras o conspiraciones de terceras personas.

Los pagarés fueron emitidos, si bien según la prueba practicada ante la Dirección de Investigación, en lugar de hacerse a nombre de la recurrente, el Banco Gallego los emitió a nombre de CPA, pero en blanco, lo que no resta validez a la prueba aportada en su día por el denunciante ya que en las fotocopias de los pagarés se aprecia el nombre de CAMPEZO escrito a mano.

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 CAMPEZO en los hechos investigados, los mismos que

en aquella otra sentencia analizábamos en relación precisamente con idéntica licitación (4.1 -BU-29).

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.

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

7. No se aprecian circunstancias que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, según el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

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 **CAMPEZO ASFALTOS DE CASTILLA Y LEON SLU y GRUPO CAMPEZO OBRAS Y SERVICIOS S.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.

Sin expresa imposición de costas.

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.