

Id. Cendoj: 28079230062013100478
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 01/10/2013
Nº de Recurso: 688/2011
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: JAVIER EUGENIO LOPEZ CANDELA
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a uno de octubre 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 688/2011 se tramita a instancia de **OBRAS, CAMINOS Y ASFALTOS S.A y SOCIEDAD ANÓNIMA DE BETUNES Y FIRMES**, entidad representada por la Procuradora **D^a. Mercedes Caro Bonilla**, contra Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 19 de octubre de 2011, sobre **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

PRIMERO.- La parte actora interpuso en fecha 20 de diciembre de 2.011 recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 19 de octubre de 2011 en expediente nº S/0226/10, sobre licitaciones de carreteras, el cual fue admitido a trámite, y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizar el trámite de 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 se solicitó la declaración de disconformidad a derecho de la resolución impugnada, con la consiguiente devolución de los gastos derivados del cumplimiento de la parte dispositiva de la resolución, incluyendo los derivados de la constitución de la garantía hipotecaria. Subsidiariamente la anulación de la sanción, con reducción de la misma a las cuantías indicada en el escrito de demanda, con 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.

SEGUNDO.- De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó oponiéndose a la demanda,

interesando que se desestime el recurso, con expresa condena en costas a la recurrente.

TERCERO.- Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto de fecha 20 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, se señaló para votación y fallo el día 17 de septiembre de 2013, en que efectivamente se deliberó y votó.

CUARTO- En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Es Ponente el Ilmo. Sr. *D. JAVIER EUGENIO LOPEZ CANDELA*, quien expresa el parecer mayoritario de la Sala, con la excepción de la Iltra Magistrada Dña. *LUCIA ACIN AGUADO*, que formula voto particular.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo la Resolución dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 19 de octubre de 2011, en el expediente sancionador S/0226/10, "*LICITACIONES DE CARRETERAS*", incoado por la Dirección de Investigación de la CNC contra cincuenta y tres empresas del sector de la construcción, entre ellas la ahora recurrente (**OBRAS, CAMINOS Y ASFALTOS S.A Y SOCIEDAD ANÓNIMA DE BETUNES Y FIRMES S.A**) 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 establece lo siguiente:

"PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007 de la que son responsables... OBRAS, CAMINOS Y ASFALTOS S.A...,y SOCIEDAD ANÓNIMA DE BETUNES Y FIRMES; ...consistente en la coordinación de sus comportamientos competitivos para alterar el resultado de las licitaciones públicas de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas y, en particular, el importe de las bajas presentadas a dichas licitaciones.

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

- 5.551.455 € a OBRAS, CAMINOS Y ASFALTOS S.A.

- 100.000 € A SOCIEDAD ANÓNIMA DE BETUNES Y FIRMES ...

TERCERO.- Declarar que no ha quedado acreditada la comisión de la infracción por parte de ...

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

QUINTO.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el incumplimiento de

esta Resolución."

SEGUNDO.- Son hechos suficientemente acreditados en autos en virtud de la documental que obra en el expediente administrativo que la actora, OBRAS, CAMINOS Y ASFALTOS S.A. (OCASA, en lo sucesivo), junto con otras empresas, participaron en la reunión que hubo en fecha 16 de diciembre de 2.008, en lugar indeterminado, según obra al folio 1111 del expediente (Documento manuscrito de PADECASA) y de los documentos "Archivos Excel sobre siete licitaciones" de los folios 1.994 a 2007. Cada una de estas empresas estuvieron representadas por la misma persona, escribiendo cada participante en la reunión su nombre y su número de teléfono en el manuscrito de PADECASA (folio 1.111). El objeto de esta reunión habría sido alcanzar un acuerdo sobre el vencedor y las ofertas a presentar en cada una de las siete licitaciones públicas recogidas en dicho manuscrito de PADECASA (folio 1.111), también incluidas en el Archivo Excel "Ingresos y Pagos 1.xls" de MISTURAS (folio 1.984). En la columna "invit" aparece que la actora, OCASA, ha sido invitada en 3 del total de licitaciones analizadas en dicho documento. Se trataría de licitaciones de obras en las siguientes provincias:

o Alicante, o Murcia.

o Albacete. o Soria

o Ávila o Valencia.

o Cantabria

Como se refleja en el folio 1.111, en el que consta el móvil y representante legal, las empresas participantes en esta reunión fueron:

1. CYES. 15. SORIGUÉ
2. GUEROLA. 16. BECSA.
3. SENOR. 17. RAFAEL MORALES.
4. EMILIO BOLADO. 18. TEBYCON.
5. ASCAN 19. CONALVI.
6. PAVASAL. 20. ARCEBANSA.
7. COPISA. 21. GEVORA.
8. PROBISA. 22. CONTRATAS IGLESIAS.
9. HORMIGONES MARTINEZ. 23. ELSAN
10. PAVIMENTOS DEL SURESTE 24. ALVARO VILLAESCUSA.
(PADELSA). 25. PABASA.
11. EOC. 26. EUROASFALT

- 12. MISTURAS. 27. TRABIT.
- 13. EXTRA CO. 28. ECOASFALT.
- 14. PAS. 29. VIAS Y CONSTRUCCIONES.
- 30. EIFFAGE. 33. OHL.
- 31. HERGONSA. 34. PADECASA.
- 32. OCA.

Posteriormente varias partes han reconocido en sus alegaciones que la reunión fue convocada en el marco de la Asociación de Fabricantes de Mezclas Asfálticas para la Construcción y Obras Públicas (ASEFMA) (folio 5654, 8524). En dicho F.1111 aparecen en documento manuscrito la parte proporcional correspondiente a la recurrente y otras empresas en función de la oferta que hubiera presentado en condiciones competitivas aplicando el mayor diferencial obtenido por la colusión.

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

- o Huelva. o Redondela (N-552,.).
- o Asturias (A-64). o León (N-630).
- o Asturias. o Cáceres (N-630).

Las empresas vencedoras de estas seis últimas licitaciones aparecerían en el archivo al lado de cada licitación (folio 1.984, celdas B16 a B32):

- 1. GEVORA
- 2. PAS
- 3. ECOASFALT
- 4. ASFALTOS LEÓN
- 5. OCA.

La actora fue adjudicataria de la licitación 32-PO-3720 (Redondela), presentando licitaciones en las siguientes obras:

-32-S-5580, adjudicada a MISTURAS, de modo que aparece en el folio 1984, en las hojas excel de Misturas, hallada en la inspección, un pago a OCA de 156.815,60 euros (folio 1984, y celda F45 del folio 2000), en compensación al pago de OCA a MISTURAS (24.370,01 euros) y EXTRACO (24.370,01 euros) por la licitación en Redondela, resultando un único pago de 108.075,58 euros.

- 32-S-2940 (Soria): Según consta en el folio 1111-1112 (documento manuscrito de PADECASA) aparece un pago de la empresa adjudicataria a OCA de 87.471,66 euros.

-32-AV-2970: (Ávila). Igualmente del folio 1111 se deduce un pago a favor de OCA de 119.060,29 euros.

-32-O-5460: Asturias. No consta pago alguno a la recurrente, pero sí la aceptación de los hechos por parte de la adjudicataria, PAS, admitiendo pagos a otras empresas licitantes.

En la licitación de Pontevedra (Redondela), adjudicada a OCA, participó también su filial, SOCIEDAD ANÓNIMA DE BETUNES Y FIRMES S.A, participada por la actora en un 70%, y que presentó una oferta con baja del 2,64 %. Según la hoja de cálculo de MISTURAS (folio 1984) aparece un pago de OCA a Misturas de 24.370,01 euros (celda H32, folio 1984) y a EXTRACO por 24.370,01 euros (celdas E30 y E32).

En fecha 17 de diciembre de 2.009 se incoa expediente sancionador 92/09. El 10 de febrero de 2.010 se inicia la información reservada DP 0048/2009, y el 21.9.2010 se dicta el pliego de concreción de hechos.

En fecha 30 de noviembre de notifica a las recurrentes la propuesta de resolución. En fecha 19 de julio de 2.011 el Consejo de la CNC acuerda practicar prueba, suspendiendo el plazo para resolver con efectos de 20.7.2011. En fecha 30.8.2011 se notifica a las empresas el acuerdo sobre valoración de prueba practicada. En fecha 26.9.2011 se alza la suspensión acordada.

En fecha 19.10.2011 se dicta el acuerdo sancionador, por el que se le impuso a la actora, OCA, una multa de 5.551.455 euros, sobre la base de aplicar a un tipo del 5%, un incremento por el resto de las licitaciones en que intervino, de la que resultó un tipo total de 13%, atendiendo al volumen de negocios afectado por la infracción por 2.008 y 2.009. A Betunes y Firmes, se le impuso una multa de 100.000 euros, al no disponer de volumen de negocios afectado en dicho mercado.

TERCERO.- Las recurrentes formulan los siguientes motivos de impugnación:

1.- Caducidad del expediente sancionador, conforme a los art. 36.1 , 37.1 .e, 38.1 de la LDC y art.12.1.b del RD 261/2008 , y art.44.2 , 57.2 y 58.1 de la Ley 30/1992 .

2.- Vulneración del procedimiento legalmente establecido al recalificar la conducta como un cártel único en vez de 14 acuerdos colusorios como defendió la Dirección de Investigación.

3.- Vulneración del art.24.2 de la CE por inexistencia de prueba.

4.- Vulneración del principio de personalidad y culpabilidad de las sanciones y del ne bis in ídem al imponer a Betunes y Firmes una sanción separada de la de matriz, OCASA.

5.- Falta de proporcionalidad por las diferentes razones expresadas en la demanda (art.131 de la Ley 30/1992 , y 64 de la LDC).

6.- Vulneración del principio de igualdad respecto de OCASA, al imponerse la multa más elevada, y respecto de Betunes y Firmes, en relación con las demás empresas exoneradas.

CUARTO. - Como primer motivo de impugnación aducido en la demanda a favor de la nulidad de la resolución impugnada se alega la caducidad del expediente administrativo, porque frente a lo resuelto por la CNC, que entiende que el procedimiento estuvo legalmente suspendido entre el 20 de julio de 2011 y el 26 de septiembre de 2011, a juicio de la actora de la interpretación conjunta de los artículos 37.1 d) LDC y 12.1 b) RDC en relación con el 12.2, la CNC estaba obligada a reanudar el cómputo del plazo del procedimiento suspendido dictando un nuevo acuerdo, desde el día siguiente al de la resolución del incidente que dio lugar a la suspensión.

Esta cuestión ya fue contestada y rechazada en la sentencia de fecha 4 de enero de 2.013, recurso 657/2011 , en la que indicábamos en el FJ 4º:

"Pues bien, del expediente administrativo resulta:

- Con fecha 18 de febrero de 2010 se acordó la incoación del expediente sancionador contra 53 empresas, entre ellas la hoy actora.

- Mediante acuerdo de 19 de julio de 2011, el Consejo de la CNC acordó suspender el plazo máximo para resolver el expediente con efectos desde el 20 de julio de 2011 y durante el tiempo en que se procede a la práctica de las pruebas de actuaciones complementarias (folio 9368 del expediente).

- Mediante acuerdo de 26 de septiembre de 2011, el Consejo alza la suspensión acordada, reanudándose, con efectos de 26 de septiembre de 2011 el cómputo del plazo para resolver el expediente (folio 11534).

- La resolución se notificó a la hoy actora el 20 de octubre de 2011.

Resulta, pues, que el plazo estuvo suspendido un total de 68 días naturales (del 20 de julio al 26 de septiembre de 2011) y, en consecuencia, el plazo de duración máxima del procedimiento quedó diferido al 25 de octubre de 2011 y consta la notificación a la actora el 20 de octubre, por lo que el procedimiento no puede considerarse caducado.

La recurrente discrepa de la forma de computar el período de suspensión y, concretamente, la forma de determinar el término final de dicho período. Según la actora el período de suspensión debió concluir con efectos desde el momento que finalizó el plazo establecido para el trámite determinante de suspensión (30 de agosto de 2011), coincidiendo con la finalización de la práctica material de prueba.

La Sala ha abordado ya esta cuestión planteada en términos sustancialmente análogos en otros recursos interpuestos por otras empresas sancionadas en la misma Resolución que ahora se impugna.

Así, entre otras, en nuestra SAN de 28 de noviembre de 2012 (Recurso nº 635/2011) dijimos:

El artículo 37 pfo. 1 LDC tiene el siguiente tenor literal:

"Artículo 37. Supuestos de ampliación de los plazos y suspensión de su cómputo.

1. El transcurso de los plazos máximos previstos legalmente para resolver un procedimiento se podrá suspender, mediante resolución motivada, en los siguientes casos:

a) Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios.

b) Cuando deba solicitarse a terceros o a otros órganos de las Administraciones Públicas la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios.

c) Cuando sea necesaria la cooperación y la coordinación con la Unión Europea o con las Autoridades Nacionales de Competencia de otros países.

d) Cuando se interponga el recurso administrativo previsto en el artículo 47 o se interponga recurso contencioso-administrativo.

e) Cuando el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia acuerde la práctica de pruebas o de actuaciones complementarias de acuerdo con lo previsto en el artículo 51.

f) Cuando se produzca un cambio en la calificación jurídica de la cuestión sometida al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en los términos establecidos en el artículo 51.

g) Cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un acuerdo de terminación convencional en los términos establecidos en el artículo 52"

Por su parte, el artículo 12 del Reglamento de Defensa de la Competencia establece:

"Artículo 12. Cómputo de los plazos máximos de los procedimientos en casos de suspensión.

1. En caso de suspensión del plazo máximo, el órgano competente de la Comisión Nacional de la Competencia deberá adoptar un acuerdo en el que se señale la causa de la suspensión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 37 de la Ley 15/2007, de 3 de julio , entendiéndose suspendido el cómputo del plazo:

a) En los supuestos previstos en el artículo 37.1.a) y

b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, durante el plazo concedido;

b) en el supuesto previsto en el artículo 37.1.e) de la Ley 15/2007, de 3 de julio , durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados de las pruebas o de actuaciones complementarias al expediente;

c) en el supuesto previsto en el artículo 37.1.g) de la Ley 15/2007, de 3 de julio , cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un acuerdo de terminación convencional, desde el acuerdo de inicio de las actuaciones y hasta la conclusión, en su caso, de las referidas negociaciones;

d) en el supuesto previsto en el artículo 37.2.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio , por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 4 y 5 del artículo 55 de la Ley 15/2007, de 3 de julio ;

e) en el supuesto del artículo 37.2.d) de la Ley 15/2007, de 3 de julio , por el tiempo que medie entre la petición de informe, que deberá notificarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos;

f) en los demás supuestos del artículo 37 de la Ley 15/2007 , se entenderá suspendido el cómputo del plazo desde la fecha del acuerdo de suspensión, que habrá de notificarse a los interesados.

2. Para el levantamiento de la suspensión del plazo máximo, el órgano competente de la Comisión Nacional de la Competencia deberá dictar un nuevo acuerdo en el que se determinará que se entiende reanudado el cómputo del plazo desde el día siguiente al de la resolución del incidente que dio lugar a la suspensión y la nueva fecha del plazo máximo para resolver el procedimiento. Este acuerdo de levantamiento de la suspensión será igualmente notificado a los interesados.

3. En los casos de suspensión del plazo, el día final del plazo se determinará añadiendo al término del plazo inicial, los días naturales durante los que ha quedado suspendido el plazo."

El Tribunal Supremo (sentencia de 13 de enero de 2010 rec. 1279/2007) ha declarado que la caducidad de los procedimientos sancionadores es una institución jurídica con la que se trata de evitar la tardanza injustificada en resolver aquéllos, por entender el legislador que los sujetos expedientados se encuentran en una situación desfavorable que no ha de alargar indebidamente la Administración sancionante. Si la demora no obedece a la desidia administrativa sino que viene propiciada por la necesidad de resolver cuestiones complejas suscitadas por los propios expedientados, la decisión de interrumpir el plazo máximo para resolverlas (tanto más si es consentida por estos últimos) debe entenderse en principio válida a dichos efectos temporales.

En el procedimiento que regula la Ley 15/2007 está claramente separada la fase de instrucción de la fase de resolución; como ha señalado la propia CNC en algunas de sus resoluciones, del examen conjunto de los artículos 51 pfo.1 de la Ley 15/2007 y el artículo 36 pfo. 1 del Reglamento DC , resulta que en principio no esta contemplada la práctica de pruebas en la fase de resolución, porque este último precepto establece que el Consejo podrá denegar la práctica de pruebas que pudieron haber sido propuestas en fase de instrucción ante la Dirección de Investigación y no lo fueron. Igualmente se establece la posibilidad de que en esta fase de resolución, de oficio o a instancias de un interesado, se admita y acuerde la práctica de actuaciones complementarias, y practicadas, que los interesados formulen alegaciones.

Resulta en consecuencia que, a juicio de esta Sala, el periodo por el que se acuerda la suspensión alcanza, en su caso, a la finalización del periodo que se conceda para formular alegaciones a los interesados, cuando, como es el caso, se ha acordado la realización de actuaciones complementarias. Y el hecho de que unos las realicen y otros no, o que cada uno disponga de un periodo (por solicitarse por algunos y concederlo la CNC la ampliación del plazo), no autoriza a considerar que, en el marco de un único expediente, la duración de este deberá computarse individualizadamente, que es al fin y al cabo la tesis que sustenta la actora. Por el contrario, siendo único el expediente, la CNC acuerda la suspensión y esta afecta a todos los expedientados y el levantamiento, que igualmente afecta a todos. Y es conforme a derecho que el levantamiento se acuerde una vez finalizado el periodo para formular alegaciones. Esta conclusión encuentra por otra parte su fundamento en el principio de seguridad

jurídica.

La sentencia de esta Sala que cita la recurrente en apoyo de su tesis, no establece (la de 9 de julio de 2009, recurso 464/2006) que la caducidad del procedimiento sancionador es un efecto que se produce de manera individual: en aquel supuesto se debatía la ampliación del plazo máximo para resolver, y se señalaba que "La decisión de ampliar el plazo para tramitar y resolver el expediente ha de ser notificada al interesado, como resulta con carácter general del artículo 58.1 LRJPAC, y como específicamente exige para este acto el artículo 2.2 del RD 2119/93 citado" llegándose a la conclusión de que la ampliación se notificó al recurrente dentro de plazo y que el expediente no había caducado.

Debe por tanto desestimarse este primer motivo de recurso relativo al procedimiento..."

La mencionada doctrina resulta de plena aplicación al caso y la damos por reproducida.

QUINTO.- En aquella misma sentencia analizábamos otra de las alegaciones reiterada también en diversos recursos interpuestos por estas mismas empresas sancionadas junto a la recurrente en el mismo acto administrativo ahora recurrido, y no es otra que la alegación de que el Consejo modificó la calificación jurídica propuesta por la Dirección de Investigación sin conceder trámite de alegaciones. Y en la misma sentencia de fecha 4.1.2013 indicábamos:

En este sentido se hace eco la demandante del Fundamento de Derecho Primero de la Resolución, en el que se dice que la Dirección de Investigación no propuso "un único cártel formado por las 53 empresas imputadas en el presente expediente" sino que ha considerado la existencia de catorce acuerdos diferentes.

En este caso la propuesta de resolución había considerado que existían 14 cárteles distintos y 14 infracciones, de las que PADELSA habría participado en 2, y la resolución impugnada condena por un único cártel y una única infracción continuada que se habría extendido durante los años 2008 y 2009, sin dar trámite de alegaciones conforme establece el artículo 51.4 LDC .

Este precepto establece:

"4. Cuando el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido calificada debidamente en la propuesta de la Dirección de Investigación, someterá la nueva calificación a los interesados y a ésta para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas."

El Tribunal Supremo, en las sentencias de 14 de febrero de 2.007 (RC 1.904/2.005 y RC 974/2004) analizando el artículo 43 LDC consideró que como no se modificaron los hechos, ni la calificación jurídica de los mismos como una infracción del artículo 1 LDC , la resolución impugnada era conforme a derecho. En este caso, las conductas específicas respecto de las cuales se formuló la acusación son exactamente las mismas, y no hay una nueva calificación, sino una reconsideración de que no son constitutivas de catorce infracciones sino de una infracción continuada.

No se aprecia en estas circunstancias la indefensión material denunciada, pues no se

están imputando hechos distintos. En efecto, de la lectura de la PR resulta que:

- La Dirección de Investigación concluye que se ha probado la existencia de acuerdos secretos entre empresas competidoras para modificar (incrementar) las ofertas económicas a presentar en las licitaciones públicas de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de carreteras que se celebran en territorio nacional.

- La Dirección de Investigación señala que se han acreditado acuerdos para acordar de forma secreta el vencedor y modificar las ofertas a realizar en catorce licitaciones públicas de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas convocados en todo el territorio nacional.

- En respuesta a alegaciones de las empresas contra la afirmación en el PCH de la existencia de un cartel global, la Dirección de Investigación manifiesta que no ha planteado la existencia de un único cártel formado por las 53 empresas imputadas en el presente expediente, sino que ha considerado la existencia de 14 acuerdos diferentes en los que en cada uno han participado distintas empresas imputadas, lo cual debería sin duda tenerse en cuenta a la hora de proceder al cálculo de las sanciones que correspondan (apartados 450-453 de la PR).

Es decir, no solo no les resulta una calificación inesperada sino que había sido sostenida por los expedientados ante la DI.

- La DI propone al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia que declare que las 53 empresas citadas en el HP 7 "...han infringido el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, incurriendo en una toma de contacto directa entre competidores para desvelar las ofertas a presentar y modificarlas en beneficio de los participantes en cada acuerdo, lo que ha tenido como objeto y efecto restringir la competencia y distorsionar el mercado al evitar que los procedimientos de licitación de obras públicas logren su objetivo de adjudicar la obra a la empresa más eficiente y al menor coste, perjudicando al contribuyente". Solicita que la infracción se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

La actora sitúa su indefensión en el hecho de que se le habría privado de alegar y acreditar sobre cuestiones como el mercado relevante, que sería el de cada licitación. Nuevamente resulta en sentido contrario a su alegación que en relación con la "Definición de mercado" dice la CNC que:

"Buena parte de las empresas, incluso las que han reconocido los hechos y, en algunos casos, su responsabilidad en las conductas, cuestionan la definición de mercado.

En el párrafo 100 del PCH la Dirección de Investigación sitúa el mercado relevante en el ámbito de las licitaciones públicas para la conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación y construcción de firmes y plataformas (carreteras, autovías, etc.). No obstante, en su explicación aporta cifras de la inversión total en conservación de infraestructuras, en particular en carreteras, que puede incluir otros conceptos. Además, en su requerimiento de información a las partes sobre volumen de negocios solicitó las cifras correspondientes a las licitaciones públicas para la conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación y construcción de firmes y plataformas."

No ha habido modificación alguna en la determinación del mercado relevante, no es necesario un análisis de los hechos distinto durante el procedimiento, y en cuanto a la duración de la infracción, igualmente se estableció por la DI el periodo 2008-2009. La diferencia posible podría situarse en el modo de calcular la sanción, cuestión que es objeto de otro motivo de recurso y que se analizará más adelante.

Debe en consecuencia desestimarse igualmente este motivo de recurso..."

A lo expuesto ha de añadirse únicamente que la posibilidad de que pudiese operar la calificación como una única infracción continuada ya fue apreciada en el expediente, y así tuvo ocasión de manifestarse la recurrente y así se expresó la Dirección de Investigación (folios 6867 y 9264), y alegó al recurrente respecto de la propuesta de resolución (folio 8859), por lo que no puede decirse que haya habido indefensión de ningún tipo, ni se haya visto obligada, por esa calificación a tener que aportar o practicar pruebas de especial dificultad o complejidad, siendo éste el criterio de la indefensión el que ha inspirado la doctrina de las sentencias que cita la actora (STS de 30.1.2012, recurso 5106/2009 , y SAN 22.2.2012, recurso 1/2011 , de esta Sección), lo que requiere una ponderación en cada caso, sin que pueda decirse que haya existido infracción alguna en este recurso.

SEXTO.- La recurrente, OCASA, considera que se ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia, aplicable al procedimiento sancionador, al ser sancionada sin prueba suficiente de su participación en el cartel que ha dado origen al expediente sancionador. Esta cuestión se halla respondida por lo expresado en el fundamento de derecho 2º de esta sentencia al que nos remitimos, así como en lo que hemos indicado igualmente, sobre el alcance de la prueba indiciara en este mismo procedimiento sancionador examinado en varias sentencias, en línea con lo indicado en la ya citada de 4.1.2013, recurso 657/2011 .

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

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

La actora argumenta que ha tenido lugar una aplicación errónea de la prueba de presunciones, sin que existan suficientes indicios contra la recurrente.

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

afirmó:

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

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

En este caso, hay un conjunto de indicios que son valorados por la Administración de los que resultan que acudió a la reunión de 16.12.2008 con sus competidoras en el sector de las licitaciones públicas de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas convocadas en todo el territorio nacional, para conocer qué ofertas planeaban presentar a los concursos a los que habían sido invitadas. El resultado fue la adopción de acuerdos para modificar las ofertas, incrementando el coste para el ente que adjudica el contrato mediante la disminución del importe de las bajas a ofrecer, en las referidas licitaciones.

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

- Documentación entregada por el denunciante.
- Documentación hallada en los registros de sedes de empresas (Padecasa y Misturas), con independencia de que haya sido o no negada por dichas empresas.
- Documentos y archivos excel localizados en lugares diferentes y que guardan total coherencia y relación unos con otros.
- El propio resultado de las licitaciones, las bajas ofertadas coinciden con las que aparecen en la documentación aportada o incautada.
- Coincidencias entre las distintas licitaciones examinadas.
- Semejanzas entre los distintos ficheros sobre pagos a realizar, sin que sea necesario que se recojan en la contabilidad.
- Participación en las cinco licitaciones antes aludidas en el fundamento de derecho segundo convocadas por el Ministerio de Fomento.
- Varias partes han reconocido en sus alegaciones que la reunión de 16 de diciembre de 2008 (folio 1111) fue convocada en el marco de la Asociación de Fabricantes de Mezclas Asfálticas para la Construcciones y Obras Públicas (ASEFMA) (folio 5654,

8524).

De lo expuesto se deduce que la actora aparece mencionada en los documentos de los que resulta la existencia del cartel. En cuanto a la licitación de Asturias, cabe decir, sin embargo, que aún cuando no pudiera deducirse tal referencia, la adjudicataria, PAS, ha reconocido su participación en el cártel que también afectaba a dicha licitación (folio 9258), y así fue confirmado en sentencia de esta Sala de fecha 25 de abril de 2.013, recurso 685/2011 .

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

El hecho de que sólo resultase invitada en cinco de las licitaciones, no excluye su participación en el cártel, que, como razona la resolución impugnada, es único y continuado. Por otro lado, que algunas de las licitaciones sean anteriores a la reunión de 16 de diciembre de 2.008 no resulta relevante si de los datos concurrentes expuestos en el fundamento de derecho segundo se deducen que fueron objeto de prácticas colusorias.

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

SEPTIMO.- Distinta suerte ha de correr el motivo siguiente, en el se invoca la vulneración del principio de personalidad de las sanciones, y el non bis in ídem, pues BETUNES Y FIRMES considera que no puede responder por el mero hecho de ser filial participada en un 70% por la también recurrente y empresa matriz OCASA. Este motivo ha de ser estimado. Es conocida y notoria la doctrina jurisprudencial acerca del carácter propiamente económico de los grupos empresariales en los que cada empresa que lo integra conserva su personalidad jurídica (STS de la Sala Primera de 10.11.2003 , 20.5.1998 , 22.10.1988) pero existiendo una misma dirección económica. Dichos grupos, según admite la doctrina científica, pueden presentar un vínculo horizontal, vertical o circular pero como establece la STS de 31.3.2008 la mera existencia de un grupo no presupone una responsabilidad solidaria entre las empresas integrantes. A estos efectos, el art.42 del Código de Comercio establece unos criterios para determinar cuando existe control en un grupo, si existe una dependencia vertical, sin que por tanto, necesario un dominio del 100% del accionariado, bastando con que sea efectivo.

La ley de Defensa de la Competencia 15/2007, se refiere a estos grupos en el ámbito de las actuaciones verticales en sentido ascendente, es decir, cuando la actuación anticompetitiva de la filial puede hacer extender la responsabilidad a la matriz, y así se

deduce del art.61.2 . Pero en casos como el presente, en los que la actuación de la matriz puede dar origen a una extensión de la responsabilidad sobre la filial ya hemos dicho que no se puede trasladar miméticamente la responsabilidad de una a la otra. En este sentido, esta Sección estimó el recurso 234/2003, en sentencia de fecha 21.11.2005 , cuando la extensión de la responsabilidad era automática, de la matriz a la filial, sin mayores matizaciones, por el mero hecho de "carecer de autonomía de la voluntad" y ser "instrumento en manos de la matriz". A estos efectos esta Sala, en la sentencia de 25.10.2012, recurso 698/2011, en relación con el mismo expediente 226/2010 , anuló la sanción impuesta a una filial por los mismos hechos apreciados en el presente caso: participar en la misma licitación, con una baja consistente con las restantes y en la que la adjudicataria controla su estrategia competitiva.

Así se decía en dicha sentencia:

Se establece en consecuencia, la responsabilidad de la ahora actora con fundamento, exclusivamente, en que fué convocada a la licitación, y que al haber resultado adjudicataria la empresa que controla ASFALTOS LOS SANTOS, resulta que esta también participó en el acuerdo.

La resolución impugnada recoge también que " Las empresas participantes habrían acordado que la empresa que iba a resultar adjudicataria, GEVORA, ofertaría una baja del 1,5%....La veracidad del acuerdo descrito se obtiene del análisis de la hoja de cálculo de Ingresos y Pagos I.xls de MISTURAS (folio 1984) en la que se recoge un pago... ."

La actora pone de relieve que la propia resolución reconoce que los indicios que sostienen la implicación de la ahora recurrente son débiles.

El Tribunal Supremo en relación con la prueba indiciaria que es la que sustenta la condena de la recurrente (como se ha visto los indicios son tres: participó en la licitación, con una baja consistente con las restantes, y la ganadora de la licitación controla su "estrategia competitiva") 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, la Sala no considera fundamento suficiente, la concurrencia de esos tres

elementos (participó en la licitación, con una baja consistente con las restantes, y la ganadora de la licitación controla su "estrategia competitiva") 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.

No basta la identidad entre los precios ofertados en la licitación, ni el ser invitada a participar, ni que su matriz resultara adjudicataria para entender probado que se había concertado con el resto de las empresas participantes en el concurso a los efectos más arriba descritos.

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 elementos probatorios fundamentales 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. La circunstancia de que la ganadora GEVORA sea matriz, no permite concluir, en ausencia de otros datos, que la unidad de decisión fue tal que la filial acordó no solo la baja de la matriz sino todos los restantes elementos configuradores de la conducta ilícita sancionada.

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 "A-49. Rehabilitación del firme. L.P. Sevilla-Niebla/Bonares" por la que ha sido condenada, con la correlativa anulación de la sanción impuesta..."

En el caso concreto, Betunes y Firmes, sólo concurrió a una licitación, a aquélla en la que la matriz fue adjudicataria (32-PO- 3720, Pontevedra, Redondela), presentando una baja del 2,64 cuando la matriz lo hizo con el 2,93%.

La aplicación de la doctrina de la sentencia anterior, en la que los fundamentos de la resolución impugnada y los presupuestos de hecho son los mismos determina, por unidad de doctrina, la anulación de la sanción impuesta a SOCIEDAD ANÓNIMA DE BETUNES Y FIRMES, estimándose el recurso contencioso-administrativo por ella formulado. Y aunque admitamos que la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión europea que cita la Abogacía del Estado (STUE de 13 de julio de 2.011, o la de 29 de marzo de 2.011, Gran Sala) puede llegar a establecer una presunción iuris tantum de que la sociedad matriz ejerce una influencia decisiva sobre la filial cuando está participada en un 100%, lo cierto es que dicha doctrina alcanza al ámbito ascendente, esto es, en la imputación a la matriz de lo efectuado por la filial, pero no en el caso inverso que ahora hemos examinado.

OCTAVO.- También alega la recurrente la vulneración del principio de proporcionalidad previsto en el artículo 131 de la Ley 30/1992 de 26 noviembre, por diferentes motivos que a continuación se exponen. A este respecto baste recordar que la sanción impuesta del 13% deriva de la aplicación a un tipo básico del 5% de un porcentaje del 2% por cada una de las demás licitaciones en las que haya concurrido OCASA. En consecuencia resulta un tipo del 13% cifrado sobre el volumen afectado por la infracción en los años 2008 y 2.009, respetando el 10% de la cifra del volumen de negocios a que se refiere el art.63.1 de la Ley 15/2007 indicada por la dirección de investigación y que obra al folio 9.300 del expediente, siendo ésta de 14,8 millones de euros.

Con carácter previo hemos de resolver varios motivos formulados por la recurrente en relación con los criterios para determinar el importe de las sanciones a que se refiere el artículo 64 de dicha ley, como son:

"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."

Respecto a la determinación del mercado afectado hemos de considerar acertado el criterio tenido en cuenta por la CNC en cuanto que ha valorado la cifra correspondiente a las obras de rehabilitación de carreteras sin distinguir entre rehabilitaciones ordinarias y extraordinarias, tal como apunta la actora, pues no se trata de mercados distintos a los que concurren distintas empresas que por otro lado, precisan de la misma clasificación a efectos de contratación. Por este mismo motivo se rechaza el criterio sostenido por la recurrente de excluir las licitaciones derivadas de los procedimientos abiertos, siendo el de los restringidos en el que se ha observado el cártel acreditado en autos. También conviene valorar que 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 . "*

Rechazaremos, igualmente, la existencia de la atenuante sostenida por la actora relativa a la concurrencia de crisis económica, pues tal atenuante carece de la mínima justificación, siendo así que incluso en ese contexto económico, los acuerdos colusorios pueden ser incluso más graves al colocar en peor situación a las empresas no participantes en dichos acuerdos y que se ven excluidas de las adjudicaciones de los contratos, siendo así que la oferta pública de tales licitaciones ha disminuido considerablemente por el hecho de la citada crisis económica. Igualmente, se rechaza la alegación de conocimiento de la situación por parte de la demandada, toda vez que el hecho de que existan bajas en los procedimientos restringidos no implica que la Administración conociese que las empresas concurrentes pudieran ofertar bajas superiores. Con independencia de que la actora quiera acreditar que las ofertas presentadas eran acordes a mercado, sobre la base de haberse estimado presupuestos muy ajustados, en términos del art.76.2 de la LCSP, lo cierto es que también ha quedado demostrado, por todas las razones antes indicadas, que las licitantes podrían haber formulado bajas todavía mayores.

NOVENO.- Sin embargo habremos de dar la razón a la recurrente, en tanto en cuanto no se respeta la proporcionalidad la sanción si no se atiende a la cifra del 10% del volumen de negocios del último año a que se refiere el art.63.1.c en el sentido en que lo interpreta la Sala del volumen afectado por la producción, criterio sustentado en recientes sentencias tales como la de 17.6.2013, recurso 673/2011 , o 21.3.2013, recurso 699/2011 .

A este respecto la Sala ha venido considerando, que de entender aplicable el criterio sostenido por la CNC, se otorgaría a dicho órgano una elevada dosis de discrecionalidad en la aplicación de las sanciones, contraria a los principios de lex certa, taxatividad, certeza y seguridad jurídica, exigibles conforme a los art.25.1 y 9.3 de la CE . Y eso es lo que ha ocurrido precisamente en autos, al entender aplicable la CNC un tipo básico del 5%, sin llevar a cabo una especial justificación y valorando el volumen de negocios existente en 2.008 y 2.009, en vez de 2010, como exige el art.63.1.c. Por consiguiente en términos de proporcionalidad e interpretado conjuntamente el art. 63.1.c y 64 procede atender al mercado afectado por la infracción.

En consecuencia, procede la estimación del recurso contencioso-administrativo que formula la recurrente, OCASA, anulándose la resolución impugnada, pero debiéndose retrotraer las actuaciones para que la CNC mediante resolución motivada, dicte acuerdo sancionador atendiendo al volumen afectado por la infracción correspondiente al año 2010 y en el cual habrá de incluirse únicamente dicho volumen respecto de la entidad OCASA, y no de su filial BETUNES Y FIRMES, que como hemos dicho anteriormente, no debe responder de la infracción imputada a su empresa matriz.

Ello conlleva la estimación de este motivo con el alcance que luego se indicará.

DÉCIMO. - En último término, la actora invoca la vulneración del principio de igualdad, sobre la base de haber sido sancionada con la mayor multa sin ser una de las empresas de mayor facturación. Respecto de BETUNES Y FIRMES se ha indicado que ha sido discriminada al no haber sido excluida de responsabilidad como otras empresas.

El presente motivo carece de relevancia. En la medida que en el fundamento de derecho anterior se anula la resolución impugnada respecto de OCASA, siendo indeterminada, aunque determinable la cifra sancionadora final no puede apreciarse tal desigualdad. Y lo mismo cabe decir respecto de SOCIEDAD ANÓNIMA DE BETUNES Y FIRMES, que al haber sido anulada la sanción impuesta carece de objeto la formulación de este motivo. Baste por último, indicar que no es invocable una situación de desigualdad en la ilegalidad (STC 21/1992, de 14 de febrero , ATC 27/1991 , por todas), siendo así que la validez de una sanción no depende de los criterios aplicados respecto de otras empresas, que se hallan extramuros de este proceso, y por tanto, resulta improcedente un hipotético juicio de comparación con la sanción impuesta sin datos suficientes respecto de quien no ha intervenido en este proceso.

UNDÉCIMO .- La estimación del recurso conlleva en términos de plena jurisdicción (art.31.2 de la ley jurisdiccional), y al objeto de proporcionar una indemnidad total, la publicación del de la sentencia en la página web de la CNC a costa de dicha entidad, así como el abono de los costes de la garantía hipotecaria constituida en la parte correspondiente a la sanción que se anula, con los intereses legales, lo que deberá determinarse en ejecución de sentencia.

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."

Sin embargo, pese a estimarse íntegramente el recurso respecto de SOCIEDAD ANÓNIMA DE BETUNES Y FIRMES y parcialmente respecto de OCASA no puede olvidarse que los criterios tenidos en cuenta en la resolución impugnada han sido confirmados en anteriores ocasiones, dentro de los términos de debate de cada recurso, habiendo sostenido esta Sala diversos criterios sobre las cuestiones planteadas. En consecuencia, no procede la condena alguna en cuando al pago de las costas procesales.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

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

1º.- ESTIMARPARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de OBRAS, CAMINOS Y ASFALTOS S.A contra la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de octubre de 2011, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, anular la misma en lo que se refiere a la recurrente en los términos indicados en el fundamento de derecho noveno de la presente sentencia.

2º.- ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **SOCIEDAD ANÓNIMA DE BETUNES Y FIRMES** contra la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de octubre de 2011, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, anular la misma en lo que se refiere a la recurrente en los términos indicados en el fundamento de derecho séptimo de la presente sentencia.

3º.- RECONOCER a las recurrentes, **OBRAS, CAMINOS Y ASFALTOS S.A Y SOCIEDAD ANÓNIMA DE BETUNES Y FIRMES S.A,** el derecho al abono de los gastos derivados de la constitución de la garantía hipotecaria en la cuantía correspondiente a la parte de la sanción que se anula, con los intereses legales correspondientes.

4º.- RECONOCER a las recurrentes el derecho a la publicación de esta sentencia en la página Web de la Comisión Nacional de la Competencia, y a costa de ésta última, una vez sea firme esta sentencia.

5º.- No hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas en esta instancia.

Contra la presente sentencia cabe recurso de casación, que se podrá preparar en esta Sección en el plazo de los diez días siguientes al dictado de la presente resolución.

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.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR que formula la Magistrada Doña LUCIA ACIN AGUADO a la sentencia de 1 de octubre de 2013 dictada en el recurso 688/2011.

Con el máximo respeto, formulo el presente voto particular.

PRIMERO : La razón por la que discrepo es que en la sentencia se ha establecido una interpretación del artículo 10.1 de la Ley 16/1989 y 63 1 c) de la Ley 15/2007 consistente en que el límite del 10% del "volumen de ventas" o "de volumen de negocios total" de la empresa infractora fijado en esos artículos viene referido al volumen de ventas/negocios en el ámbito de la actividad económica de la empresa en el que se ha producido la infracción, esto es al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción. Como consecuencia de ello en los razonamientos jurídicos se indica que la multa debe ser fijada como un porcentaje del volumen de ventas o negocio en el ámbito de la actividad económica de la empresa en que se ha producido la infracción pero limitada al ejercicio inmediatamente anterior al de la resolución de la CNC. Entiendo que se debían haber mantenido los parámetros sobre los que la CNC calcula ese porcentaje.

SEGUNDO: Las motivos por los que considero que el límite del 10% del volumen de ventas o de negocios total de la empresa infractora fijado en el artículo 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007 no viene referido al volumen de negocios en el ámbito de la actividad económica de la empresa en el que se ha producido la infracción, esto es al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción sino a todo el negocio de la empresa son los siguientes:

1) El hecho de que se haya introducido la palabra "total" en la nueva Ley 15/2007 de defensa de la competencia para referirse al volumen de negocios. Así el artículo 10 de la Ley 16/1989 fijaba como límite de la cuantía de las sanciones "multa de hasta 150.000.000 ptas. (900.000 euros), cuantía que podía ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal". La Ley 15/2007 que deroga la anterior establece en el artículo 63 1 c) como límite de la sanción por la comisión de infracciones muy graves "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". En los comentarios realizados al Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia (publicados en la pagina web de la CNC), algunos de los despachos de abogados consultados manifestaron en relación con el importe máximo de las sanciones que era necesario introducir dos "modificaciones" . Por una parte sugerían que debería tomarse únicamente en cuenta el volumen de ventas realizado en el mercado afectado por la infracción. De esta forma indicaban se evitaba que se tomen bases de cálculo diferentes en función de cómo estén estructuradas jurídicamente las empresas (e.g. una sola sociedad con varias actividades o con una filial independiente por actividad) y por otra el año de referencia debería ser el último en que se cometió la

infracción. La nueva Ley no introduce ninguna de esas modificaciones sugeridas sino que al contrario introduce la palabra "total" precisamente para aclarar que se refiere a todo el volumen total y no limitado al volumen de ventas en el mercado afectado.

2) La redacción del artículo 63. 1 c) de la Ley 15/2007 coincide con la redacción del artículo 23.2 del Reglamento CEE 1/2003 que después de establecer que la Comisión puede imponer multas a las empresas que infrinjan las disposiciones del artículo 81 y 82 del Tratado señala que "por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior".

3) La Jurisprudencia comunitaria ha precisado el alcance de dicho precepto señalando que (161) "la cuantía correspondiente al 10% del volumen global de negocios de un participante en una infracción a las normas de la competencia no es, a diferencia de lo que parece creer la demandante, una multa máxima, que sólo debe imponerse en el caso de las infracciones más graves. Según la jurisprudencia, se trata más bien de un umbral de nivelación que tiene como única consecuencia posible reducir hasta el nivel máximo autorizado el importe de la multa calculado en función de los criterios de gravedad y duración de la infracción. La aplicación de este límite permite que la empresa implicada no pague la multa que en principio le correspondería abonar en virtud de una estimación basada en tales criterios (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 47 supra". (sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2012 asunto novacke/Comisión).

4) Se indica en la sentencia que el tomar las totales actividades de la empresa, aun aquellas ajenas al ámbito de la infracción no es proporcional a la infracción reprimida teniendo en cuenta la finalidad de la norma y el ámbito de vulneración y nada hay que objetar ya que precisamente la resolución de la CNC ha tenido en cuenta el volumen de ventas que cada una de las empresas ha realizado en el mercado afectado. El importe de base de la multa por tanto se vincula a una proporción del valor de las ventas, determinada en función de los criterios establecidos en el artículo 64 (características del mercado afectado, cuota alcance de la infracción, efectos), teniendo en cuenta el período de participación en la infracción. Tanto las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23 apartado 2 letra a) del Reglamento CE 1/2003 (DO 1/9/2006) como la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la cuantificación de las sanciones se establece que el importe básico de la multa se calcula en función de un porcentaje del valor de las ventas vinculadas a la infracción, pero añade que se multiplica por un coeficiente teniendo en cuenta el número de años de participación en la misma. El porcentaje del valor de las ventas depende de la gravedad de la infracción (naturaleza de la misma, cuota de mercado acumulada de todas las partes afectadas, amplitud geográfica, etc.) y puede llegar hasta el 30 % si concurren una serie de circunstancias y que se incrementará o reducirá en función de la concurrencia de agravantes o atenuantes.

En los casos en que la aplicación de este criterio (porcentaje del volumen de ventas en el mercado afectado) multiplicado por un coeficiente según los años que ha durado la infracción supere el límite del 10% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior se reduce la sanción a ese límite. Así ha sido aplicado por la Comisión Europea y analizado en la sentencia del TGUE de 16 de junio de 2011 caso Puffers International/Comisión en el que la Comisión redujo la sanción que correspondería por aplicación de las Directrices (porcentaje del volumen de negocios del mercado afectado multiplicado por un coeficiente según el número de años) al umbral del 10% establecido como límite de la sanción en el artículo 23 del Reglamento

CE 1/2003 y señaló que "esa consecuencia es inherente a la interpretación del umbral del 10% exclusivamente como un umbral de nivelación, que se aplica tras una eventual reducción de la multa en razón de circunstancias atenuantes o del principio de proporcionalidad".

Por tanto no se puede identificar "volumen de ventas afectado por la infracción" con el "volumen de negocio global o total". El primero es el que se tiene en cuenta tanto en las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23 apartado 2 letra a) del Reglamento CE 1/2003 (DO 1/9/2006) como en la Comunicación de la CNC para la cuantificación de las sanciones para calcular el importe básico de la sanción y viene determinado por "las ventas obtenidas por el infractor en los mercados del producto o servicio y geográficos donde la infracción haya producido o sea susceptible de producir efectos durante el tiempo que la infracción ha tenido lugar". El segundo "volumen de negocios total" se refiere al volumen total del negocio de la empresa y no limitado al mercado afectado por la infracción y sobre el que se establece el límite máximo de la sanción en el artículo 63 LDC 15/2007 y por ello viene referido al ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa ya que se tiene en cuenta la situación de la empresa para hacer frente al pago de la multa en un momento próximo a su pago (momento en el que generalmente ha cesado la infracción y por tanto no tiene relación con el volumen realizado durante el periodo de comisión de la infracción).

El mercado afectado por la infracción es uno de los criterios para graduar la sanción conforme al artículo 10. 2 b) de la Ley 16/1989 y 64. 1 b) de la Ley 15/2007 (tal como se recoge en el párrafo de la sentencia de 26 de septiembre de 2005 en el recurso contencioso-administrativo número 471/2003 que se cita en la sentencia) pero no constituye el parámetro para determinar el límite de la sanción máxima que se puede imponer conforme al artículo 10.1 de la Ley 16/1989 y 63.1 c) de la Ley 15/2007 .

5) Si se aplica el criterio mantenido por la mayoría de mis compañeros que limita el importe máximo de la sanción al 10% de volumen de ventas que cada una de las empresas ha realizado en el mercado afectado en el último ejercicio inmediatamente anterior al de la resolución de la CNC y no al volumen de ventas que cada una de las empresas ha realizado en ese mercado durante el tiempo que cada empresa ha participado en la infracción se pierde el efecto disuasorio de la multa ya que 1) basta a la empresa dejar de operar o que disminuya la realización de operaciones en ese mercado cuando conoce el inicio de una investigación teniendo en cuenta que el plazo desde que se inicia un expediente hasta que se dicta una resolución es de 18 meses y por tanto se va a tener en cuenta el volumen de operaciones realizadas durante la tramitación del expediente en que ya ha cesado la conducta anticompetitiva. Ello puede determinar que al no haber realizado actividad alguna en ese mercado en el último año el importe máximo de la multa sea cero 2) supone un agravio para las empresas que han participado en un corto período de tiempo frente a los que han intervenido durante todo el período de duración de la conducta infractora 3) no se vincula el importe de la infracción al volumen de ventas obtenido en el período de duración de la infracción 4) supone una reducción considerable del importe de la multa (en algunos casos si ha cesado de operar en ese mercado implica la imposibilidad de imponer sanción) que en algunos casos puede determinar que dicho importe ni siquiera supere el beneficio obtenido por la realización de la practica restrictiva.

PUBLICACION .- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Il.tra. Sr. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia

Nacional, de todo lo cual yo, el Secretario judicial, doy fe