

**Id. Cendoj:** 28079230062013100499  
**Órgano:** Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
**Sede:** Madrid  
**Sección:** 6  
**Nº de Resolución:**  
**Fecha de Resolución:** 07/10/2013  
**Nº de Recurso:** 687/2011  
**Jurisdicción:** Contencioso  
**Ponente:** MARIA ASUNCION SALVO TAMBO  
**Procedimiento:** CONTENCIOSO  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

#### **Resumen:**

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

#### **Idioma:**

Español

---

### **SENTENCIA**

Madrid, a siete 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 687/2011 se tramita a instancia de **OVISA PAVIMENTOS Y OBRAS, S.L., PROBISA TECNOLOGIA Y CONSTRUCCIÓN, S.L. Y TRABAJOS BITUMINOSOS, S.L.**, entidades representadas por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado, 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**

1. La parte actora interpuso, en fecha 20 de diciembre de 2011, este recurso; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

**"SUPPLICO** , que teniendo por presentado este escrito, con sus documentos adjuntos y por devuelto el expediente administrativo entregado, se sirva admitirlo y, en su virtud tenga por presentada la demanda en tiempo y forma y, previos los trámites pertinentes, dicte sentencia por la que, estimando el presente recurso contencioso-administrativo:

(i) *Declare la no conformidad a Derecho de la Resolución impugnada, y la anule;*

(ii) *Subsidiariamente, respecto de lo pretendido en el número 1 anterior, modifique la Resolución impugnada, declarando que no corresponde imponer sanción alguna a mis representadas.*

(iii) *Subsidiariamente, respecto de lo pretendido en los números 1 y 2 anteriores, declare la no conformidad a Derecho de la Resolución impugnada y reduzca las multas impuestas a mis representadas de conformidad con lo señalado en el Fundamento de Derecho Séptimo del presente escrito, considerando en todo caso no aplicable lo establecido en el Dispositivo Segundo de la Resolución impugnada.*

(iv) *En todo caso, declare que el derecho de mis representadas a la devolución de los gastos derivados del cumplimiento de lo previsto en la parte dispositiva de la Resolución impugnada, incluidos los derivados del aval constituido en garantía del pago de la sanción en virtud del Auto de esa Sala de 5 de marzo de 2012 , con los intereses correspondientes y condene a la Administración a su abono.*

(v) *En todo caso, condene a la Administración a publicar a su costa el fallo de la Sentencia estimatoria que se dicte, en el plazo de dos meses desde que dicha Sentencia sea dictada.*

vi) *Condene en costas a la Administración demandada."*

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 desestimatoria, con expresa condena en costas a la recurrente."*

3. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto en fecha 14 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 fecha 29 de julio de 2013 se señaló para votación y fallo el día 24 de septiembre 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 IIma. Sra. D<sup>a</sup> MARIA ASUNCION SALVO TAMBO, Presidente de la Sección.**

## **FUNDAMENTOS JURIDICOS**

1. Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo la Resolución dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con 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 las ahora recurrentes 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, en lo que ahora interesa, 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...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:*

*- 100.000€ a OVISA PAVIMENTOS Y OBRAS, S.L....*

*- 954,200€ a PROBISA TECNOLOGIA Y CONSTRUCCIÓN, S.L.*

*- 503.100€ a TRABAJOS BITUMINOSOS, S.L.*

*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 todo 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."*

**2.** Los antecedentes de hecho de la resolución impugnada, tal y como en la misma se recogen y en lo que a las hoy recurrentes afectan, son resumidamente los siguientes:

- Con fecha 18 de febrero de 2010, sobre la base de la información reservada realizada, la Dirección de Investigación acordó la incoación de expediente sancionador por posibles prácticas anticompetitivas prohibidas en el artículo 1 de la LDC consistentes 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. Este expediente quedó registrado con el número S/0226/10 y se entendió contra la siguientes 53 empresas: GRUPO CAMPEZO OBRAS Y SERVICIOS, S.L.; CAMPEZO ASFALTOS DE CASTILLA Y LEÓN, S.L. (anteriormente denominada OSCAL OBRAS Y SERVICIOS, S.L.); TEBYCÓN, S.A.; COMPAÑÍA GENERAL DE HORMIGONES Y ASFALTOS, S.A.; EXCAVACIONES SAIZ, S.A.; EXTRACO CONSTRUCCIONS E PROXECTOS, S.A.; MISTURAS OBRAS E PROXECTOS, S.A.; CONSTRUCCIÓN INTEGRAL DE FIRMES CPA, S.A.; PAVIMENTOS ASFÁLTICOS DE CASTILLA, S.A.; ALARIO OBRA CIVIL, S.L.; ASFALTOS DE LEÓN, S.A.; ALVARO VILLAESCUSA, S.A.; ARCEBANSA, S.A.; ASCAN EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN, S.A.; ASFALTOS Y CONSTRUCCIONES ELSAN, S.A.; RAFAEL MORALES, S.A.; BECSA, S.A.; CONALVI, S.L.; CONRADO JIMÉNEZ E HIJOS, S.A.; CONTRATAS IGLESIAS, S.A.; COPISA CONSTRUCTORA PIRENAICA, S.A.; CYES INFRAESTRUCTURAS, S.A. (anteriormente denominada CONSTRUCCIONES Y ESTUDIOS, S.A.); ECOASFALT, S.A.; EIFFAGE INFRAESTRUCTURAS, S.A.; EMILIO BOLADO, S.L.; EOC DE OBRAS Y SERVICIOS, S.A.; EUROPEA DE ASFALTOS, S.A.; GEVORA CONSTRUCCIONES, S.A.; ASFALTOS GUEROLA, S.A.; OBRAS HERGÓN, S.A.; CONSTRUCTORA HORMIGONES MARTINEZ, S.A.; OBRAS, CAMINOS Y ASFALTOS, S.A.;

OBRASCÓN-HUARTE-LAIN, S.A.; PAVIMENTOS BARCELONA, S.A.; PAS INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS S.L. (ANTES PAVIMENTOS ASFÁLTICOS SALAMANCA, S.L.); PAVASAL EMPRESA CONSTRUCTORA, S.A.; PADELSA INFRAESTRUCTURAS, S.A. (anteriormente denominada PAVIMENTOS DEL SURESTE, S.A.); PROBISA TECNOLOGIA Y CONSTRUCCION, S.L. (anteriormente denominada PROBISA TECNOLOGIA Y CONSTRUCCION, S.A.); SERVICIOS Y OBRAS DEL NORTE, S.A.; SORIGUÉ, S.A.; TRABAJOS BITUMINOSOS, S.L. (anteriormente denominada TRABAJOS BITUMINOSOS, S.A.); VÍAS Y CONSTRUCCIONES, S.A.; ALVARGONZÁLEZ CONTRATAS, S.A.; ASFALTOS LOS SANTOS, S.A.; BENITO ARNÓ E HIJOS, S.A.; CARIJA, S.A.; CEYD, S.A.; CONSTRUCCIONES Y OBRAS LLORENTE, S.A.; OBRAS, PAVIMENTOS E INSTALACIONES INDUSTRIALES, S.L.; OVISA PAVIMENTOS Y OBRAS, S.L.; SOCIEDAD ANÓNIMA DE BETUNES Y FIRMES; CONTRATAS Y OBRAS SAN GREGORIO, S.A.; y CONSTRUCCIONES SEVILLA NEVADO, S.A.

- 1.40. *OVISA PAVIMENTOS Y OBRAS, S.L. (OVISA). Empresa constructora, con sede en Lugo, perteneciente al 100% al **GRUPO PROBISA**. Su especialidad es la construcción de carreteras con firmes de mezcla asfáltica y de hormigón hidráulico.*

- 1.46 *PROBISA TECNOLOGIA Y CONSTRUCCION, S.L. (anteriormente denominada PROBISA TECNOLOGÍA Y CONSTRUCCIÓN, S.A). Matriz de un grupo de 9 empresas especializadas en la construcción, conservación y fabricación de materiales para carreteras así como en la realización de obras medioambientales. Dos de las empresas filiales de este grupo: TRABAJOS BITUMINOSOS S.L y OVISA PAVIMENTOS Y OBRAS S.L., también están incoadas en este expediente. La empresa está participada en un 100% por la empresa francesa Eurovia, S.A., que pertenece al Grupo Vinci, primer grupo mundial de concesiones y construcción. Tiene sede en Madrid.*

- 1.52. **TRABAJOS BITUMINOSOS, S.L.** (anteriormente denominada TRABAJOS BITUMINOSOS, S.A.) (**TRABIT**). Empresa participada al 100% por **PROBISATECNOLOGÍA Y CONSTRUCCIÓN S.L.** Su principal actividad es la pavimentación de carreteras y calles, fabricación de mezclas bituminosas en caliente, frío, suelo cemento y grava cemento. Tiene sede en Madrid.

#### **- Descripción de las actividades objeto del expediente**

Las licitaciones objeto del expediente sancionador están relacionadas con la rehabilitación, el refuerzo, la conservación y el mantenimiento de firmes.

Los demandantes de estos servicios son las Administraciones Públicas, que para su contratación de acuerdo con la LCSP recurre a procedimientos de licitación. Los procedimientos más habituales para la adjudicación de estas obras son el procedimiento abierto y el procedimiento restringido.

La clasificación requerida habitualmente para contratar en licitaciones cuyo objeto es una obra de rehabilitación o refuerzo de firmes y plataformas es la clasificación G4f: "G" (grupo: viales y pistas); "4" (subgrupo de actividad): "con firmes de mezclas bituminosas" y "f" (presupuesto de la obra contratada, o anualidad media si el contrato es superior al año): a partir de 2.400.000 euros. También en alguna ocasión se requiere la clasificación G5f. El "5" responde al subgrupo de actividad "señalizaciones y balizamientos viales".

El número de empresas que tiene o está en condiciones de obtener esta clasificación es elevado, lo que supone que la oferta de estos servicios se encuentra relativamente

atomizada. Junto a empresas de mayor tamaño que operan a escala nacional, existen numerosos operadores de ámbito local y dimensiones reducidas.

Para la realización de este tipo de obras se emplea, además de maquinaria, mezclas bituminosas entre otros materiales. Algunas empresas se encuentran verticalmente integradas, esto es, prestan servicios de rehabilitación y refuerzo de firmes empresas que a su vez producen los asfaltos.

Las empresas cuyas instalaciones se encuentran próximas al lugar en el que han de realizarse las obras de rehabilitación pueden contar por ello con una cierta ventaja comparativa de costes en la licitación. No es infrecuente tampoco que presenten ofertas a las licitaciones empresas integradas en UTE que buscan complementar sus capacidades o aprovechar la ventaja competitiva del socio local.

Según cifras del Ministerio de Fomento (folios 2.049 a 2.225), a nivel nacional entre 2007 y 2009 se licitaron 141 obras de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas, en los que se presentaron un total de 380 empresas.

Por su parte, según cifras de PROVILSA (folios 1.789 a 1.809) en Castilla y León entre 2007 y 2009 se licitaron 25 obras de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas, en los que se presentaron un total de 52 empresas

- " **Reunión del 16 de diciembre de 2008, en lugar indeterminado (folio 1111).**

En el expediente se dejó constancia de la participación de cada una de las empresas en las diversas licitaciones a través de la documentación que minuciosamente se detalla en la propia resolución así como de las reuniones que mantuvieron las empresas participantes en el cártel investigado (constan acreditadas reuniones de 16 de diciembre de 2008 y de 16 de junio de 2009).

- Igualmente se detallan (pgs 15 y ss. de la resolución impugnada) los extractos de la contabilidad donde figuran los ingresos y pagos de "Subastas Restringidas", carpetas "proformas" que incluyen justificantes de pagos (folio 1992 del expediente) de MISTURAS a cada una de las empresas, entre ellas a PROBISA.

Los documentos "Archivos Excel sobre siete licitaciones" de los folios 1.994 a 2007 en su esquina superior derecha (celdas E7, F7 y G7) contienen el siguiente texto: "Fecha Reunión...16/12/2008". En esta reunión, que se desconoce dónde tuvo lugar participaron las 34 empresas recogidas en el "Documento manuscrito de PADECASA" folio 1.111). Algunas de estas empresas estuvieron representadas por la misma persona, escribiendo cada participante en la reunión su nombre y su número de teléfono en el documento 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 el "Documento manuscrito de PADECASA" (folio 1.111), también incluidas en el Archivo Excel "Ingresos y Pagos 1.xls" de MISTURAS (folio 1.984). Se trataría de licitaciones de obras en las siguientes provincias:

o Alicante, o Murcia.

o Albacete. o Soria

o Ávila o Valencia.

o Cantabria

(134) Como se refleja en el folio 1.111, 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 Construcciones y Obras Públicas (ASEFMA) (folio 5654, 8524).

En el Archivo Excel "Ingresos y Pagos 1.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 Redonadela (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

**3.** Los motivos aducidos en la demanda en pos de la nulidad de la resolución impugnada son los siguientes:

I.- Relativos al procedimiento:

1. Caducidad del procedimiento sancionador

2. Indebida denegación de prueba propuesta

3. Indebida recalificación del Consejo

II.- Relativos al fondo:

4. Falta de prueba de cargo contra las recurrentes. Vulneración de la presunción de inocencia

5. Principios de personalidad, culpabilidad y *non bis in ídem*

6. Principio de igualdad

7. Principio de proporcionalidad

**4.** Las alegaciones sobre vicios del procedimiento se fundamentan en primer lugar en 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. 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 está 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.

**5.** La actora alega a continuación lo que también en vicio formal determinante de invalidez refiriéndose al cambio de calificación jurídica de la conducta o de la infracción del art. 51.4 LDC al no haberse dado el trámite de audiencia.

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, a saber que, según afirma la recurrente, el Consejo modificó la calificación jurídica propuesta por la Dirección de Investigación sin conceder trámite de alegaciones.

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.

**6.** La parte actora considera que la resolución debe ser anulada por haber sido dictada en un procedimiento sancionador que no ha garantizado el derecho de las recurrentes a ser informadas de los elementos esenciales de la acusación. En concreto consideran que la Propuesta de Resolución no ha garantizado su derecho a ser informadas de los elementos esenciales de la acusación pues no se incluyó ni la duración de las conductas, ni el mercado afectado o los efectos atribuidos a dichas conductas, privándole así de conocer durante el procedimiento el sentido concreto de la imputación relativa a esos elementos para calcular la sanción que se le ha impuesto.

Como ya ha establecido esta Sala en anteriores sentencias, confirmadas por el Tribunal Supremo (entre otras la de 11 de mayo de 2000 confirmada por la de 11 de

mayo de 2004 ) basta con que la Propuesta de Resolución indique los hechos, preceptos infringidos y posibles sanciones, incluso simplemente por remisión a los preceptos de aplicación. No es preciso ni exigible en este trámite una resolución equivalente a la sancionadora.

El derecho a un procedimiento sancionador con todas las garantías de defensa, que se constituye como derecho fundamental del ciudadano a un procedimiento justo y equitativo frente a los poderes coercitivos de la Administración, en que se respeten los derechos de defensa con interdicción de indefensión, en una interpretación sistemática de los artículos 24 y 25 de la Constitución y del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, engloba, según se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otras garantías, al derecho a no ser sancionado sin ser oído y, a ejercer las facultades de alegación con contradicción en todas las fases del procedimiento, el derecho a un procedimiento público, el derecho a ser informado de la acusación, de modo que se conozcan sin restricción los hechos imputados, que impone que exista correlación entre estos hechos y la resolución sancionadora, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, que excluye la admisibilidad y apreciación de pruebas ilícitas, y el derecho a la presunción de inocencia, que acoge el derecho a no ser sancionado sin prueba de cargo legítima y válida, que sustente la resolución sancionadora. En este caso, la Propuesta de Resolución contenía los elementos fundamentales de la acusación, específicamente los hechos imputados y la calificación jurídica de los mismos, no apreciándose que se haya producido la infracción del derecho de defensa denunciada.

Por lo demás no existe prueba alguna de la existencia de indefensión material: ni siquiera se concreta por la actora en que esa alegada omisión del trámite de alegaciones puede haberle generado indefensión, que en todo caso ha de quedar descartada ante la propia inexistencia de recalificación según lo dicho ya.

Tampoco el motivo relativo a la denegación de la prueba propuesta en el expediente puede prosperar a la vista de la jurisprudencia sobre el particular que se invoca en la propia demanda.

En todos los casos aparece motivada suficientemente la denegación de la prueba documental propuesta por las partes (folio 9364) siendo explícitas y adecuadas las razones de su inadmisión: en un caso lo solicitado ya obra en el expediente, por lo que resultaba ocioso y redundante su práctica; en otro era superflua o innecesaria para la investigación; y, en último término, la prueba se consideró irrelevante o inútil por cuanto que, cualquiera que fuera su resultado, éste no sería susceptible de alterar la valoración de los hechos tomados en consideración.

**7.** La conducta por la que se sanciona a las ahora recurrentes, 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.

Las actoras denuncian la vulneración de la presunción de inocencia por entender inexistente o insuficiente la prueba de cargo contra ellas. Se centra su disconformidad con la resolución impugnada en la falta de requisitos exigidos jurisprudencialmente para admitir la prueba indirecta, negando ciertos indicios considerados por la CNC y señalando la ausencia de prueba de cobro de importe alguno por parte de las recurrentes.

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 conciertos 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 se celebraron reuniones de la actora 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 que ofertas planeaban presentar a los concursos a los que habían sido invitadas. El resultado fué 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, consistente con la anterior.

- 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.
- Participación en las licitaciones 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).

La Sala considera que si bien las distintas pruebas aisladamente consideradas pudieran no acreditar por sí solas e individualmente la conducta prohibida, su conjunto deja claramente probados los hechos que, en relación con las actoras, son declarados por la CNC.

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 resultasen invitadas en sólo alguna de las licitaciones, no excluye su participación en el cártel, que, como razona la resolución impugnada, es único y continuado. La Sala considera especialmente relevante la documentación obrante en el expediente administrativo remitido que llevó al Consejo a concluir:

**OVISA PAVIMENTOS Y OBRAS, S.L.** ha participado en 2 licitaciones (32-LE-4000 y 32-O-5460).

OVISA es filial de PROBISA, al igual que TRABIT. PROBISA y TRABIT han participado en 8 y 3 de las licitaciones en las que se ha acreditado colusión (incluyendo las aquí mencionadas). Su identidad figura en los documentos que acreditan la colusión en las dos licitaciones y hay evidencia de su participación en la reunión de 16 de diciembre de 2008.

La identidad de OVISA ni figura en los documentos que se describen en los Hechos Probados y sobre los que se fundamenta la prueba. Sin embargo, los indicios y las circunstancias que rodean la participación de OVISA en estas licitaciones conducen a

considerar acreditada su responsabilidad en las conductas. Si la empresa que controla OVISA y que es quien al fin y al cabo determina su estrategia competitiva, participa en los acuerdos colusorios, la estrategia competitiva de OVISA vendrá mediatizada por este hecho. Ello es consistente con lo que se observa al analizar el comportamiento de OVISA en las licitaciones.

La licitación 32-LE-4000 (LEÓN) fue convocada el 18 de enero de 2008. Fueron invitadas 14 empresas a presentar 14 ofertas económicas. La obra fue adjudicada a ASFALTOS DE LEÓN con una oferta de 5.727.251,23 euros, equivalente a una baja del 6,17%. OVISA presentó una baja del 2,8%. También se presentaron a esta licitación su matriz, PROBISA, que ofertó una baja del 4,3% y TRABIT, del mismo grupo, con una baja de 0,5%.

La licitación 32-O-5460 (ASTURIAS) fue convocada el 15 de diciembre de 2007. Fueron invitadas 6 empresas a presentar 6 ofertas económicas. La ejecución de la obra fue adjudicada a ECOASFALT con fecha de 26 de septiembre de 2008 con una oferta de 1.490.591,20 euros, equivalente a una baja del 4,82%. OVISA presentó una baja del 3,55%. También se presentó a esta licitación su matriz, PROBISA, que ofertó una baja del 3,9%.

Este comportamiento de OVISA resulta subordinado a la estrategia marcada por su matriz PROBISA, partícipe como ya se ha dicho en los acuerdos colusorios. Todo ello lleva a concluir que OVISA se ha visto involucrada en la colusión.

En vista de ello, OVISA debe ser considerada responsable de la infracción por su participación en los acuerdos ilícitos relativos a las licitaciones 32-LE-4000 y 32-O-5460 convocadas por el Ministerio de Fomento.

**PROBISA TECNOLOGIA Y CONSTRUCCION, S.L.** (anteriormente denominada PROBISA TECNOLOGIA Y CONSTRUCCION, S.A.) ha participado en 8 licitaciones (32-AB-4420, 32-MU-5630, 32-S-5580, 32-SO-2940, 32-H-3800, 32-LE-4000, 32-O-5360 y 32-O-5460) en las que se ha acreditado la existencia de colusión. Su identidad figura en algunos documentos que acreditan la colusión en estas licitaciones y revelan su participación en la reunión de 16 de diciembre de 2008 (HP 4, 5 y 6.2).

Por tanto, PROBISA TECNOLOGIA Y CONSTRUCCION, S.L. debe ser considerada responsable de la infracción por su participación en los acuerdos ilícitos relativos a las licitaciones 32-AB-4420, 32-MU-5630, 32-S-5580, 32-SO-2940, 32-H-3800, 32-LE-4000, 32-O-5360 y 32-O-5460 convocadas por el Ministerio de Fomento.

**TRABAJOS BITUMINOSOS, S.L.** (anteriormente denominada TRABAJOS BITUMINOSOS, S.A.) ha participado en 3 licitaciones (32-AB-4420, 32-H-3800 y 32-LE-4000) en las que se ha acreditado la existencia de colusión. Su identidad figura en algunos los documentos que acreditan la colusión en estas licitaciones (HP 4, 5 y 6.2) y revelan su participación en la reunión de 16 de diciembre de 2008, a la que también acudió matriz PROBISA.

Por tanto, TRABAJOS BITUMINOSOS, S.L. debe ser considerada responsable de la infracción por su participación en los acuerdos ilícitos relativos a las licitaciones 32-AB-4420, 32-H-3800 y 32-LE-4000 convocadas por el Ministerio de Fomento.

También existe indicio cualificado sobre los cobros percibidos por PADELSA tal y como se recoge pormenorizadamente en la resolución impugnada con remisión a los folios

2.568 a 2.590 del expediente y a la documentación contable obrante en el mismo.

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. La participación de OVISA responde a un proceso deductivo particular que consideraremos después. Y en cuanto a los elementos de cargo respecto a la participación directa de las otras dos recurrentes existen en el expediente elementos inculpatorios de todo el acervo probatorio del que se infiere de forma inequívoca su participación en el cártel (folios 111 y 1112 del expediente, en este último consta la liquidación del importe a repartir como consecuencia de la licitación de SORIA, resultando para PROBISA 104.124,70 euros), igualmente queda constancia de la participación en el folio 1984 y ss. -excel MISTURAS- del que resulta expresa mención de PROBISA y TRABIT, folio 1985, como una de las invitadas en 4 y 1 de las licitaciones.

Además, y frente a la alegada falta de prueba respecto de los cobros recibidos por la adjudicataria en cada una de las licitaciones sí existe, como subraya el Abogado del Estado, indicio cualificado sobre los cobros.

Efectivamente, consta mención del pago a PROBISA por valor de 237.500,80 euros que se recoge en la celda L38 del folio 1984 y calculado en la celda F21 del folio 2000 del expediente. Este importe coincide que la parte proporcional correspondiente a la recurrente en función de oferta que hubiera presentado en licitación de CANTABRIA en condiciones competitivas que resulta del documento manuscrito PADECASA (folio 1111), proporción que se aplica al diferencial obtenido por la colusión (mayor importe de adjudicación como; consecuencia de oferta concertada presentada por la adjudicataria -MISTURAS-, en relación con la que hubiera resultado en condiciones competitivas; para el expte de CANTABRIA, 3.332.429 euros. Además, consta justificante de dicho pago en carpeta proformas de MISTURAS (folio 1992).

**8.** Por lo que se refiere a la imputación de OVISA, según la CNC no resulta de su explícita participación en reuniones o de su expresa mención en documentos, sí no de su condición de filial 100% participada por PROBISA y de su conducta consonante con la colusión en las licitaciones en que participa lo que hace presumir que la conducta de la filial viene determinada por la de su matriz, que en definitiva ejerce un control directo y determinante sobre aquella

Así, en la propia resolución puede leerse:

OVISA PAVIMENTOS Y OBRAS, S.L. ha participado en 2 licitaciones (32-LE-4000 y 32-O-5460).

OVISA es filial de PROBISA, al igual que TRABIT. PROBISA y TRABIT han participado en 8 y 3 de las licitaciones en las que se ha acreditado colusión (incluyendo las aquí mencionadas). Su identidad figura en los documentos que acreditan la colusión en las dos licitaciones y hay evidencia de su participación en la reunión de 16 de diciembre de 2008.

La identidad de OVISA ni figura en los documentos que se describen en los Hechos Probados y sobre los que se fundamenta la prueba. Sin embargo, los indicios y las circunstancias que rodean la participación de OVISA en estas licitaciones conducen a considerar acreditada su responsabilidad en las conductas. Si la empresa que controla a OVISA y que es quien al fin y al cabo determina su estrategia competitiva, participa

en los acuerdos colusorios, la estrategia competitiva de OVISA vendrá mediatizada por este hecho. Ello es consistente con lo que se observa al analizar el comportamiento de OVISA en las licitaciones.

La licitación 32-LE-4000 (LEÓN) fue convocada el 18 de enero de 2008. Fueron invitadas 14 empresas a presentar 14 ofertas económicas. La obra fue adjudicada a ASFALTOS DE LEÓN con una oferta de 5.727.251,23 euros, equivalente a una baja del 6,17%. OVISA presentó una baja del 2,8%. También se presentaron a esta licitación su matriz, PROBISA, que ofertó una baja del 4,3% y TRABIT, del mismo grupo, con una baja de 0,5%.

La licitación 32-O-5460 (ASTURIAS) fue convocada el 15 de diciembre de 2007. Fueron invitadas 6 empresas a presentar 6 ofertas económicas. La ejecución de la obra fue adjudicada a ECOASFALT con fecha de 26 de septiembre de 2008 con una oferta de 1.490.591,20 euros, equivalente a una baja del 4,82%. OVISA presentó una baja del 3,55%. También se presentó a esta licitación su matriz, PROBISA, que ofertó una baja del 3,9%.

Este comportamiento de OVISA resulta subordinado a la estrategia marcada por su matriz PROBISA. participe como ya se ha dicho en los acuerdos colusorios. Todo ello lleva a concluir que OVISA se ha visto involucrada en la colusión.

En vista de ello, OVISA debe ser considerada responsable de la infracción por su participación en los acuerdos ilícitos relativos a las licitaciones 32-LE-4000 y 32-O-5460 convocadas por el Ministerio de Fomento.

Se hace así expresa indicación del motivo por el cual se considera que la conducta acreditada de OVISA, unida a su condición de filial 100% participada por PROIBVISA (cuya participación resulta acreditada), constituye elemento de prueba suficiente sobre su conocimiento del cártel y su connivencia con el mismo.

El proceso deductivo seguido por la CNC ha sido ratificado ya por la Sala en supuestos análogos siguiendo la doctrina del TGUE citada por el Abogado del Estado respecto de la viabilidad de sancionar a la empresa matriz por una conducta formalmente imputada a una filial 100% participada por aquella como consecuencia del carácter funcional y económico del concepto de empresa en el Derecho Comunitario y, en particular, en el Derecho de la Competencia.

**9.** Por lo que se refiere a la cuantificación de la sanción, la CNC en la resolución impugnada parte de la base de la gravedad de las conductas sancionadas, y recuerda que según el artículo 63.1. letra c) pueden ser multadas las empresas responsables de una infracción muy grave tipificada en el artículo 62.4.a) de la ley 15/2007 *"con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa"*.

La CNC ha optado por establece un importe básico, que es *"una proporción del volumen de ventas afectado por la infracción."* Sobre el que se aplicarán los criterios que recoge el artículo 64, y en concreto, en las letras a) a e) es decir, *"a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción; b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; c) El alcance de la infracción; d) La duración de la infracción; e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos"*.

Con este fundamento, se parte de la base de que la actuación ilícita afectaba a licitaciones públicas del ámbito de la conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas (carreteras, autovías, etc.), y se parte solo del volumen de negocios correspondiente a las licitaciones de mejora, refuerzo y rehabilitación de firmes y plataformas: dice literalmente la resolución que *"Se trata siempre de obras que tienen que ver con la mejora y conservación del estado del firme, no a contratos de servicios. Es a ello obviamente a lo que la Dirección de Investigación se refería y lo que debe considerarse a efectos del volumen de ventas afectado, de la misma forma que algunas de las partes hablan también en sus escritos de obras de conservación . "*

Se alega en la demanda la indebida delimitación del mercado relevante. La CNC refuta adecuadamente las pretendidas limitaciones respecto de las licitaciones a considerar, en los siguientes términos:

Un nutrido número de empresas (GEVORA y LOS SANTOS, BECSA, COPIISA OVISA, PROBISA y TRABIT, PAVASAL, SENOR) alegan que el mercado afectado por la conducta debe delimitarse a cada una de las licitaciones investigadas. Algunas citan precedentes de otras autoridades de competencia en los que se ha adoptado según ellas este enfoque.

Desde un punto de vista económico, el que una licitación o un concurso puedan constituir en sí mismo un mercado relevante depende fundamentalmente de la naturaleza del producto que se licita, su grado de diferenciación y la frecuencia con la que sale al mercado. Cuando lo que se saca a concurso o subasta consiste en un producto muy diferenciado y además ello ocurre con un carácter muy esporádico, las condiciones de competencia serán muy específicas o pueden variar mucho de una vez a otra. En esos casos puede tener justificación definir cada licitación como un mercado. Las licitaciones de rehabilitación de carreteras se producen con cierta frecuencia temporal y presentan, independientemente de la autoridad que las convoque como se ha visto, unas características muy similares entre sí. Síntoma de ello es que, como narran varias de las empresas en sus alegaciones y describen los informes presentados por ELSAN y OHL, sea habitual que para estas licitaciones se pida una misma calificación a las empresas (G1f).

Desde un punto de vista económico, las licitaciones constituyen un juego repetido al que las empresas que reúnen unas ciertas características pueden concurrir ejerciendo su presión competitiva. Las empresas en este tipo de negocio aspiran a hacerse con una cartera de proyectos. El hecho de ganar o perder en una licitación puede influir en su decisión de volver a participar en otra similar y en la oferta que lance. En estas condiciones, el Consejo considera que no cabe identificar un mercado relevante por cada licitación. Las diferentes licitaciones de rehabilitación de carreteras se sitúan en un mismo único mercado en el que concurren las empresas para hacerse con proyectos de obra.

El argumento de que cada licitación sea considerada un mercado definido va muy unido al argumento también expresado por varias de las partes de que el volumen de negocios a considerar a efectos del cálculo de la sanción debe ser el volumen de negocios de la empresa correspondiente a cada licitación. Sin embargo, las empresas no facturan (o no deberían hacerlo) por aquellas licitaciones que no ganan. Emplear este criterio es tanto como eximir del pago de la sanción a aquellas empresas que coluden pero que no resultan adjudicatarias.

Ante esto hecho algunas empresas ofrecen alternativas imaginativas. Por ejemplo se propone tomar como volumen de ventas afectado el presupuesto de la licitación, dividirlo entre el número de empresas y después aplicar a esa base los criterios de la comunicación.

Todo esto resulta cuando menos artificial y ajeno precisamente al sentido de la Comunicación de la CNC y a las reglas del mercado. Existe un mercado afectado en el que la conducta puede desplegar potencialmente sus efectos y nada impide ni desaconseja a juicio del Consejo aplicar la comunicación sobre la base del mismo.

La dimensión del mercado es nacional: como señala la CNC, las empresas se presentan a licitaciones de obras a ejecutar por todo el territorio nacional. Incluso cuando la Administración que convoca es autonómica pueden presentarse empresas de cualquier parte del territorio. La Sala comparte la consideración de que " *Las empresas que cuentan con los medios técnicos y económicos pueden concurrir independientemente de quien sea la autoridad que convoque. Esta sustituibilidad entre licitaciones desde el lado de la oferta lleva necesariamente a definir un único mercado para todas .* "

El criterio que la CNC ha elegido para determinar la proporcionalidad inicialmente, es correcto, pues tiene en consideración el alcance de la participación de la empresa en la infracción, por entender que no pueden ser sancionadas de igual forma, siempre sobre la base del volumen de negocios afectado, empresas que tuvieron una implicación mínima que las que tuvieron una implicación máxima. En este caso la recurrente participó en 8 de las licitaciones (PROBISA), 3 licitaciones (TRABIT) y 2 licitaciones (OVISA) en distintas partes del territorio nacional (Asturias, Albacete, Soria, Huelva, Murcia, etc.)

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

*"Resultan inaceptables los argumentos esgrimidos por algunas empresas de que este tipo de colusión no afecta significativamente a los consumidores o de que en ausencia de ella el resultado hubiera sido el mismo. Pocas infracciones pueden dañar tanto y a una base tan amplia. Al suponer un mayor coste de la licitación y, con ello, un mayor cargo presupuestario, está afectando nada menos que a todos los contribuyentes. Merece la máxima reprobación las conductas de quienes están dispuestos a realizar bajas cercanas al 30% y se ponen de acuerdo para realizarlas del orden del 3%, dividiéndose entre los participantes ese ilícito beneficio, que no se puede ocultar resulta paralelo al perjuicio que a la Administración que convoca el concurso, y en definitiva al conjunto de los ciudadanos, ocasiona. "*

Pero donde a juicio del Abogado del Estado se está recogiendo que el mercado en el que se ha producido la colusión corresponde a un input productivo susceptible de provocar efectos en cascada en otros mercados es cuando la resolución señala que la distorsión de las bajas contribuye a falsear los precios del mercado, porque se indica que de acuerdo con la Ley de Contratos del Sector Público los órganos de contratación

deben tratar de que los precios se ajusten a los que dicta el mercado. Se cita expresamente, el artículo 76.2 dispone sobre el cálculo del valor estimado de los contratos:

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

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

La CNC ha razonado que *" La infracción es muy grave y ha tenido efectos que han sido constatados. Como muchas de las partes alegan, es cierto que la colusión se ha acreditado en un número limitado de licitaciones del total de las convocadas, lo que debe ser tenido en cuenta a la hora de fijar el coeficiente de sanción. Pero también es necesario tener en cuenta el número de licitaciones en que ha participado cada empresa. Por ello, se considera adecuado aplicar un porcentaje del 5% a las que hayan participado en una sola de las licitaciones, incrementando dicho coeficiente en dos puntos adicionales por cada licitación en la que la empresa haya participado, limitándolo como máximo a un porcentaje del 30%."* Es decir, se llega al 30% por una razón que no guarda relación con el apartado 14.

Se parte del volumen de negocios de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas (carreteras, autovías, etc.) en 2008 y 2009 que cada empresa ha aportado en respuesta al requerimiento de información de la Dirección de Investigación de 21 de septiembre de 2010 y, en su caso, al requerimiento realizado por el Consejo de la CNC mediante Acuerdo de 19 de julio de 2011. Se ha minorado en el importe de las obras de construcción cuando la empresa afectada justificó que el volumen de negocios en su día remitido incluía tales cifras, o que se incluían cifras de contratos de servicios de conservación.

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

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

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

*(18) A la hora de evaluar la situación financiera de la empresa, la Comisión examinó las declaraciones financieras recientes y actuales de la empresa, así como sus proyecciones para ejercicios venideros. La Comisión consideró una serie de coeficientes financieros que medían la solidez, rentabilidad, solvencia y liquidez de las empresas, así como su situación de capital y flujo de tesorería. Además, la Comisión tuvo en*

*cuenta las relaciones con los socios financieros exteriores, tales como los bancos y los accionistas. El análisis también tuvo en cuenta los planes de reestructuración.*

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

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

La Comisión aplica sus propias Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), con cita del apartado 35 que dice literalmente: "En circunstancias excepcionales, la Comisión podrá, previa solicitud, tener en cuenta la incapacidad contributiva de una empresa en un contexto económico y social particular.

La Comisión no concederá por este concepto ninguna reducción de la multa por la mera constatación de una situación financiera desfavorable o deficitaria. La reducción sólo podrá concederse sobre la base de pruebas objetivas de que la imposición de una multa, en las condiciones fijadas por las presentes Directrices, podría irremediablemente peligrar la viabilidad económica de la empresa en cuestión y conduciría a privar a sus activos de todo valor.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso.

**10.** La reforma de la ley jurisdiccional en materia de costas procesales se publicó en el BOE de 11 de octubre de 2011, señalando su disposición final que entraría en vigor a los veinte días de dicha publicación. Por lo tanto entró en vigor el día 31 de octubre de 2011 y quedó redactado como sigue:

*"art. 139.1. En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho."*

En consecuencia, y habiéndose interpuesto este recurso el día 21 de diciembre de 2011 procede la condena en costas a la parte actora.

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

## **FALLAMOS**

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 las entidades **OVISA PAVIMENTOS Y OBRAS, S.L., PROBISA TECNOLOGIA Y CONSTRUCCIÓN, S.L. Y TRABAJOS BITUMINOSOS, S.L.** , 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, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho en cuanto a los extremos impugnatorios analizados.

Con expresa imposición de costas a la recurrente.

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

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

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