



Roj: **SAN 4403/2012 - ECLI:ES:AN:2012:4403**

Id Cendoj: **28079230062012100509**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **25/10/2012**

Nº de Recurso: **698/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MERCEDES PEDRAZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a veinticinco de octubre de dos mil doce.

Visto el recurso contencioso administrativo núm. 698/2011 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **ASFALTOS LOS SANTOS S.A.** representada por el Procurador Sr. Marina Grimau frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 19 de octubre de 2011, relativa a **expediente sancionador por incumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia**, con una cuantía de 100.000 euros. Siendo Ponente la Magistrado D^a **MERCEDES PEDRAZ CALVO**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO -. La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 20 de diciembre de 2011. Por Decreto del Sr. Secretario se acordó tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO -. En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito de 27 de abril de 2012 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de pleno derecho del acto administrativo enjuiciado. Subsidiariamente, se anule exclusivamente en la parte relativa a la determinación de la responsabilidad por la comisión de una infracción del art. 1 LDC e imposición de multa a Asfaltos Los Santos.

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

CUARTO -. Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO -. La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 23 de octubre de 2012 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

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



SEGUNDO -. Los antecedentes de hecho de la resolución impugnada, tal y como recogidos por la misma y en lo que a la recurrente afecta, son los siguientes:

1.8. ASFALTOS LOS SANTOS, S.A. (LOS SANTOS). Empresa pacense especializada en la extracción de gravas, arenas, arcilla y caolín. En el año 2008 facturó 16,6 millones de euros. La empresa matriz con el 100% del capital social es otra empresa imputada en este expediente GÉVORA CONSTRUCCIONES S.A

1.33. GEVORA CONSTRUCCIONES, S.A. (GEVORA). Empresa extremeña, especializada en construcción de obra civil, explotación de canteras y fabricación de mezclas bituminosas en caliente. La empresa matriz es C.G. Bodión S.A. (99,8% del capital social), especializada en el comercio al por mayor de toda clase de alquitranes, betunes, breas y productos asfálticos en general, hidrocarburos básicos cíclicos y productos químicos de base, piedras, pizarras, mármoles, piedras calizas, etc. Posee participaciones en ASFALTOS LOS SANTOS S.A. (100% del capital), empresa también imputada en este expediente.

134) Como se refleja en el folio 1.111, las empresas participantes en esta reunión fueron: GEVORA licitaciones mencionadas en el punto anterior, se recogen seis licitaciones adicionales de obras ejecutadas en las siguientes provincias (y vías):

o Huelva.

o Asturias (A-64).

o Asturias.

o Redondela (N-552).

o León (N-630).

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 provincia de Huelva, adjudicataria GEVORA

9) 32-H-3800 (HUELVA) "A-49. Rehabilitación del firme. L.P. Sevilla-Niebla/Bonares"

Según la información facilitada por el Ministerio de Fomento como contestación al requerimiento de información formulado por la Dirección de Investigación de fecha de 21 de mayo de 2010 (folio 2.068), la licitación fue convocada el 11 de abril de 2008, siendo el objeto de la misma la rehabilitación del firme de las A-49. El presupuesto máximo de la licitación se fijaba en 10.262.165,02 euros, siendo invitadas 7 empresas a presentar 7 ofertas económicas. La ejecución de la obra fue adjudicada a GEVORA con fecha de 5 de diciembre de 2008 con una oferta de 10.108.232,54 euros, equivalente a una baja del 1,5%.

Las 7 empresas licitantes y sus correspondientes ofertas fueron: ASFALTOS LOS SANTOS, S.A. 10.116.442,28 euros y baja 1,42%; CARIJA, S.A. 10.149.281,2 euros y baja 1,1%; EXTRACO CONSTRUCCIONS E PROXECTOS, S.A. 10.209.827,98 euros y baja 0,51%; GEVORA CONSTRUCCIONES, S.A. 10.108.232,54 euros y baja 1,5%; OBRASCÓN-HUARTE-LAIN, S.A. 10.157.490,94 euros y baja 1,02%; PROBISA TECNOLOGIA Y CONSTRUCCION, S.L. (anteriormente denominada PROBISA TECNOLOGIA Y CONSTRUCCION, S.A.) 10.120.547,14 euros y baja de 1,38%; y TRABAJOS BITUMINOSOS, S.L. (anteriormente denominada TRABAJOS BITUMINOSOS, S.A.) 10.133.887,96 euros y baja de 1,25%.

La responsabilidad de la ahora actora es razonada en la resolución impugnada como sigue:

"ASFALTOS LOS SANTOS, S.A. ha participado en una licitación, la 32-H-3800 HUELVA. Esta licitación consta en la hoja de cálculo "Ingresos y pagos 1.xls" obtenida en el registro del domicilio social de la mercantil MISTURAS (folio 1.984). Dicha hoja no hace referencia a LOS SANTOS ni a pagos por ella recibidos o efectuados. No se ha acreditado su participación en reuniones con competidores ni figura su nombre en ninguno de los documentos que se describen en los Hechos Probados y sobre los que se fundamenta la prueba.

Sin embargo, LOS SANTOS es filial de GÉVORA CONSTRUCCIONES, que resultó vencedora de esta licitación. GEVORA si aparece en la hoja de cálculo Excel y en los apuntes de la contabilidad de MISTURAS. Existe prueba también de pagarés de GÉVORA a EXTRACO (2233).



La propia GÉVORA viene a reconocer implícitamente en sus alegaciones el acuerdo alcanzado acerca de la licitación 32-H-3800 (Huelva).

Así las cosas, en la medida en que LOS SANTOS participó en esta licitación y es GÉVORA quien controla la estrategia competitiva de esta empresa, debe concluirse que su oferta fue realizada teniendo en cuenta la manipulación de la baja. Máxime cuando su baja de 1,42% ciertamente resulta consistente con las restantes bajas ofrecidas y con la propia baja ganadora de GÉVORA, que se situó en el 1,5%.

A la vista de todo ello, puede concluirse que ASFALTOS LOS SANTOS, S.A. es responsable de la infracción por su participación en el acuerdo ilícito relativo a la licitación 32-H-3800 convocada por el Ministerio de Fomento."

TERCERO - La actora alega en primer lugar que la resolución es nula de pleno derecho porque se ha producido la infracción de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. Y ello por virtud de lo dispuesto en el art. 62.1.e) de la Ley 30/1992, porque según resulta del encabezamiento del acuerdo de la CNC, se adoptó el día 19 de octubre de 2011 por el Presidente, Sr. Erasmo, y este no podía intervenir en la adopción del acuerdo porque el Real Decreto 1421/2011 de 14 de octubre acordó su cese.

El examen del expediente administrativo pone de manifiesto que en el folio 11535 aparece un acuerdo de levantamiento de la suspensión, según el cual, el Consejo de la CNC acordó suspender el plazo para resolver el expediente mediante resolución de 20 de julio de 2011. Y se reanuda el cómputo para resolver el día 26 de septiembre de 2011.

Del propio texto del Acuerdo impugnado resulta que una vez levantada la suspensión "El Consejo de la CNC deliberó sobre el asunto en distintas sesiones y falló esta Resolución el 13 de octubre de 2011".

Resulta así que el texto es el reflejo de una decisión que ya había sido adoptada cuando el día 15 de octubre se publica en el BOE el Real Decreto 1421/2011. Aun dando por supuesto que la firma tuviera lugar el día 19 de octubre, esta no hace sino materializar el acuerdo deliberado y votado antes de publicarse el cese del Presidente de la CNC en el BOE. En el art. 31 del Real Decreto 331/2008 se establece que de cada sesión que celebre el Consejo de la CNC se levantará acta por el Secretario del Consejo, y que esta acta especificará necesariamente los asistentes, el orden del día de la reunión, las circunstancias de lugar y tiempo en que se ha celebrado y los puntos principales de las deliberaciones. Si bien dicha acta no figura en el expediente la Sala entiende que la referencia contenida en el Acuerdo a la deliberación recoge parte del contenido de la misma.

Por otro lado, se habrían respetado, en cualquier caso, las reglas que en relación con el quórum necesario para adoptar acuerdos el Consejo de la CNC recoge el art. 26 del Real Decreto 331/2008.

Debe en consecuencia desestimarse este motivo de impugnación.

CUARTO - 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.

En este caso es la participación en la concreta licitación de 32-H-3800 (HUELVA) "A-49. Rehabilitación del firme. L.P. Sevilla- Niebla/Bonares".

En cuanto a la responsabilidad de la empresa hoy actora, la resolución impugnada (pg. 99) señala:

"ASFALTOS LOS SANTOS, S.A. ha participado en una licitación, la 32-H-3800 HUELVA. Esta licitación consta en la hoja de cálculo "Ingresos y pagos 1.xls" obtenida en el registro del domicilio social de la mercantil MISTURAS (folio 1.984). Dicha hoja no hace referencia a LOS SANTOS ni a pagos por ella recibidos o efectuados. No se ha acreditado su participación en reuniones con competidores ni figura su nombre en ninguno de los documentos que se describen en los Hechos Probados y sobre los que se fundamenta la prueba.



Sin embargo, LOS SANTOS es filial de GÉVORA CONSTRUCCIONES, que resultó vencedora de esta licitación. GEVORA si aparece en la hoja de cálculo Excel y en los apuntes de la contabilidad de MISTURAS. Existe prueba también de pagarés de GÉVORA a EXTRACO (2233).

La propia GÉVORA viene a reconocer implícitamente en sus alegaciones el acuerdo alcanzado acerca de la licitación 32-H-3800 (Huelva).

Así las cosas, en la medida en LOS SANTOS participó en esta licitación y es GÉVORA quien controla la estrategia competitiva de esta empresa, debe concluirse que su oferta fue realizada teniendo en cuenta la manipulación de la baja. Máxime cuando su baja de 1,42% ciertamente resulta consistente con las restantes bajas ofrecidas y con la propia baja ganadora de GÉVORA, que se situó en el 1,5%.

A la vista de todo ello, puede concluirse que ASFALTOS LOS SANTOS, S.A. es responsable de la infracción por su participación en el acuerdo ilícito relativo a la licitación 32-H-3800 convocada por el Ministerio de Fomento."

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 fué 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.

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

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

FALLAMOS

Que debemos **ESTIMAR Y ESTIMAMOS** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **ASFALTOS LOS SANTOS S.A.** contra el Acuerdo dictado el día 19 de octubre de 2011 por la Comisión Nacional de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia. Con condena al pago de las costas a la Administración demandada.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica de Poder Judicial .

Así , por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la lltma. Sra. 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.