

Roj: **SAN 979/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:979**Id Cendoj: **28079230062014100148**Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **6**Fecha: **12/03/2014**Nº de Recurso: **714/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**Ponente: **ANA ISABEL RESA GOMEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 979/2014,**
AAAN 130/2014

SENTENCIA

Madrid, a doce de marzo de dos mil catorce.

Visto el recurso contencioso administrativo nº 714/11 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **EXCAVACIONES Y TRANSPORTES ORSA S.L.** y en su nombre y representación el Procurador Sr. D. Alberto Hidalgo Martínez, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la CNC de 26 de octubre de 2011, relativa a sanción, siendo codemandada Guipasa SA, representada por la Procuradora D^a M^a Luisa Moya Otero y la cuantía del presente recurso de 2.065.590€.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 27 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 21 de diciembre 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 estime el recurso y se declare nula o subsidiariamente se anule la resolución impugnada. Subsidiariamente, anule parcialmente la misma y reduzca la multa, ordene la publicación de la sentencia y una nota de prensa relativa a la misma en el sitio web de la CNC para reparar el daño reputacional infligido a las recurrentes.

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. La parte codemandada realizó igualmente las alegaciones que tuvo por conveniente.

CUARTO -. Solicitado y recibido el pleito a prueba fue practicada la que propuesta se declaró pertinente con el resultado obrante en autos y tras evacuar las partes el trámite de conclusiones quedaron los autos conclusos y pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que tuvo lugar el día 12 de marzo de 2014 en el que efectivamente se deliberó, votó y falló, 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 26 de octubre de 2011 en el expediente sancionador S/0192/09,

ASFALTOS, 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).

La resolución tiene la siguiente parte dispositiva:

"PRIMERO. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la existencia de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007 consistente en haber acordado y ejecutado el reparto del mercado de las Mezclas Bituminosas en Caliente (MBC) y productos relacionados en las provincias de León, Burgos y en la Comunidad Autónoma del País Vasco, en el periodo que va desde febrero de 2007 hasta, al menos, octubre de 2009, y de la que son responsables las empresas AGLOMERADOS LEÓN, S.L.; ASFALTOS VIDAL FERRERO, S.L.; COMPAÑÍA GENERAL DE HORMIGONES Y ASFALTOS, S.A. GEHORSA); CONSTRUCCIONES PÚBLICAS COPRISA, S.A.; CONSTRUCCIONES Y OBRAS LLORENTE, S.A. (COLLOSA); EXCAVACIONES Y TRANSPORTES ORSA, S.L.; TEBYCON, S.A., TECNOLOGÍA DE LA CONSTRUCCIÓN, S.A. (TECONSA); GUIPASA, S.A.; CAMPEZO ASFALTOS DE CASTILLA Y LEÓN, S.L.U. (anteriormente denominada OSCAL OBRAS Y SERVICIOS, S.L.); CAMPEZO CONSTRUCCIÓN S.A.U., y CONALVI, S.L.

SEGUNDO.- Imponer las siguientes sanciones a las autoras de la conducta infractora

-EXCAVACIONES Y TRANSPORTES ORSA S.L. una multa de 2.065.590€"

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:

"A) LAS PARTES EN EL EXPEDIENTE.- Se recoge a continuación la descripción que hace el IPR de las quince empresas incoadas en este expediente:

EXCAVACIONES Y TRANSPORTES ORSA S.L., es una empresa constructora cuya actividad principal tal y como figura en su página web, se centra en la construcción de obra pública y en la ejecución de obras hidráulicas, saneamiento y abastecimientos, así como estructuras y edificación.

Esta empresa presta servicios de obra civil, fabricación y extendido de firmes asfálticos, estructuras de hormigón y suelo estabilizado tanto en la ejecución de obras de carreteras como de urbanización.

Según la información aportada por la empresa, su domicilio social se encuentra en polígono Lambarren, número 1, 2ª planta, Oiartzun (Guipúzcoa). Con anterioridad al 27 de julio de 2009, el 99,9% del capital social de Excavaciones y Transportes Orsa se encontraba en manos de una única persona física. A partir de esa fecha su estructura accionarial se vio modificada debido a un contrato de compraventa de participaciones sociales, de forma que el 55% de su capital social pertenece al Grupo Moyúa Desarrollo, S.L.

Se define como mercado de producto el correspondiente a los asfaltos o MBC empleados en la pavimentación de los firmes de carreteras y calzadas de vías urbanas. Se hace notar que la Comisión Europea ha considerado que "los asfaltos presentan las características de un mercado diferenciado atendiendo a las diferencias en coste, apariencia y durabilidad, concluyendo que la sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda es muy limitada con productos como el hormigón, el adoquinado o el asfalto reciclado, constituyendo el asfalto en sí un mercado de producto diferenciado."

En cuanto al mercado geográfico se señala que ha de considerarse de ámbito provincial con isócronas alrededor de la planta de producción, en atención al elevado impacto del transporte sobre el coste del producto. Y que al estar implicadas empresas que se dedican a estas actividades con presencia en ámbitos supraautonómicos el cártel tiene implantación en varias Comunidades Autónomas vecinas, al menos Castilla y León y el País Vasco.

La demanda viene caracterizada por dos tipos de clientes, los ocasionales, que compran pequeñas cantidades en la fábrica, y los grandes clientes, a través de licitaciones públicas o privadas o a través de subcontratos.

TERCERO-. Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue:

- Vulneración del derecho de defensa. Por cinco aspectos concretos:

- a) el derecho de acceso a un expediente completo,*
- b) el derecho a estar informado de la acusación,*
- c) el derecho a la presunción de inocencia.*
- d) Falta de prueba de la existencia de una conducta única y continuada y/o de la participación de Orsa en la misma.*
- e) Falta de prueba de la existencia de la mesa del País Vasco y/o de la participación de Orsa en la misma.*



- Vulneración del procedimiento previsto en la Ley 1/2002 por error en la solicitud del informe preceptivo de las autoridades autonómicas, error de tramitación ante el planteamiento de cuestión de competencia por parte del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia.

- Nulidad de la resolución impugnada por vulneración del art. 51 LDC .

- Con carácter subsidiario, error en la determinación de la extensión temporal de la responsabilidad del infractor y consiguiente error en la individualización de la sanción a las circunstancias concretas que determinan dicha responsabilidad.

CUARTO -. Todas estas cuestiones ya fueron planteadas en el recurso nº 715/11 y resueltas por la sentencia de fecha 29 de mayo de 2013 a cuya doctrina nos remitimos a fin de mantener la unidad de criterio.

Efectivamente en dicha sentencia manteníamos lo siguiente: *"La actora alega que ha tenido lugar la vulneración del procedimiento previsto en la ley 1/2002 por error en la solicitud del informe preceptivo de las autoridades autonómicas, y por error de tramitación ante el planteamiento de cuestión de competencia por parte del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia.*

La cuestión relativa a la jurisdicción de la CNC en este expediente fue ya suscitada en vía administrativa, y resuelta expresamente por la resolución impugnada.

En el expediente se analiza la conducta que tiene lugar en lo que es calificado por la Dirección de Investigación de la CNC como tres cárteles, uno acordado en Burgos, otro acordado en León y un tercero acordado en el País Vasco. Resulta en consecuencia que dos tuvieron lugar en el territorio de Castilla-León y uno en el de País Vasco.

El artículo 1 de la Ley 1/2002 de 21 de febrero de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia establece:

"Artículo 1 Puntos de conexión

1. Corresponderá al Estado el ejercicio de las competencias reconocidas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, respecto de los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1, 6 y 7 de la mencionada Ley, cuando las citadas conductas alteren o puedan alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, aun cuando el ejercicio de tales competencias haya de realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas.

3. Corresponderá a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia el ejercicio en su territorio de las competencias reconocidas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, respecto de los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1, 6 y 7 de la mencionada Ley, cuando las citadas conductas, sin afectar a un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma o al conjunto del mercado nacional, alteren o puedan alterar la libre competencia en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma."

Como resulta del expediente, la CNC solicitó informe al Tribunal de Defensa de la Competencia de Castilla y León y al Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia, al amparo del art. 5 LDC :

"La Comisión Nacional de la Competencia, en el ejercicio de las funciones que le son propias, recabará del órgano autonómico informe preceptivo, no vinculante, a emitir en el plazo de veinte días, en relación con aquellas conductas previstas en los artículos 1 , 2 y 3 de la Ley de Defensa de la Competencia o los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea que, afectando a un ámbito supraautonómico o al conjunto del mercado nacional, incidan de forma significativa en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma.

Para ello, la Comisión Nacional de la Competencia remitirá al órgano autonómico de la respectiva Comunidad Autónoma copia del pliego de concreción de hechos y, en su caso, de la denuncia y de los documentos y pruebas practicadas que consten en el expediente, indicándose este hecho en la notificación a los interesados del citado pliego.

La Comisión Nacional de la Competencia comunicará al órgano autonómico de la respectiva Comunidad Autónoma los acuerdos y resoluciones adoptados, tanto en la fase de instrucción como de resolución, que pongan fin al procedimiento, respecto de estas conductas."

El TDCC y L en escrito de fecha 7 de junio de 2001 señala que la conducta excede el ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y que no le es posible valorar lo significativo de la incidencia en la Comunidad.

Por su parte el TVDC en escritos de 4 de mayo y 6 de junio de 2011, plantea al Consejo la cuestión de competencia del expediente S/0192/09 Asfaltos. Al planteamiento del TVDC dio respuesta la CNC el día 16 de junio de 2011, señalando que se consideraba competente para la resolución del correspondiente expediente en aplicación de lo dispuesto en el art. 1 de la Ley 1/2002 .

En este supuesto, no se trata de que la Comunidad Autónoma del País Vasco notificara al Servicio de Defensa de la Competencia una denuncia, ni de que mantuviese su competencia sobre la misma, pero en todo caso, el art. 2 de la ley 1/2002 establece que "se podrá iniciar el procedimiento por el órgano estatal o autonómico que se considere competente."

Resulta en consecuencia que no es obligatoria la iniciación del procedimiento, y en este caso concreto, correspondería el planteamiento al TVDC el cual no tomó dicha iniciativa.

Por otra parte, como recoge la resolución impugnada, si bien no todas las empresas estuvieron presentes en los tres cárteles, algunas al menos presuntamente si participaron en las reuniones que tuvieron lugar en relación con contratos a realizar en los territorios de las dos Comunidades Autónomas, y las características de la conducta aconsejan la investigación por un único órgano, que por mor de lo dispuesto en el art. 1 de la Ley 1/2002 es la Comisión Nacional de la Competencia." (...)

QUINTO - Alega a continuación la recurrente que ha tenido lugar la vulneración del derecho de defensa en su vertiente de derecho de acceso a un expediente completo, y ello porque habría tenido lugar la "denegación encubierta de acceso a los documentos y pruebas de los que la CNC tuvo conocimiento durante la instrucción del procedimiento y los cuales no fueron incorporados al expediente" (ni tan siquiera como pieza confidencial del mismo).

Tales documentos serían:

1- La DI habría mantenido contactos con el denunciante en el curso de los cuales se habría producido un intercambio de comunicaciones e información, que no han sido incorporadas al expediente más que parcialmente.

2- La DI recabó un gran número de información durante una inspección domiciliaria que no dio a conocer a la actora y que procedió a devolver sin enseñársela a la recurrente.

La recurrente cita en apoyo de su tesis la sentencia de 29 de junio de 1995 dictada por el TJUE en el asunto Solvay- Comisión .

En dicha sentencia se estableció:

"El respeto del derecho de defensa en un procedimiento tramitado ante la Comisión con el objeto de imponer una multa a una empresa por infringir las normas de defensa de la competencia exige que la empresa interesada haya podido exponer de modo útil su punto de vista sobre la realidad y la pertinencia de los hechos y las circunstancias alegados y sobre los documentos que la Comisión tuvo en cuenta para fundamentar su alegación de la existencia de una infracción al Tratado (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 66). El artículo 41, apartado 2, letras a) y b), de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea concreta el contenido de este derecho.

54 Tal como recordó acertadamente el Tribunal General en el apartado 405 de la sentencia recurrida, el derecho de acceso al expediente implica que la Comisión debe dar a la empresa afectada la posibilidad de examinar todos los documentos incluidos en el expediente de la instrucción que puedan ser pertinentes para su defensa. Estos documentos comprenden tanto las pruebas de cargo como las de descargo, con excepción de los secretos comerciales de otras empresas, de los documentos internos de la Comisión y de otras informaciones confidenciales (sentencias, antes citadas, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, apartado 315, y Aalborg Portland y otros/Comisión, apartado 68).

55 La vulneración del derecho de acceso al expediente durante el procedimiento previo a la adopción de la Decisión puede dar lugar, en principio, a la anulación de dicha Decisión cuando se haya vulnerado el derecho de defensa (sentencia Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, antes citada, apartado 317).

56 En tal supuesto, la violación producida no queda subsanada por el mero hecho de que el acceso haya sido posible durante el procedimiento jurisdiccional (sentencia Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, antes citada, apartado 318). En efecto, al limitarse a un control jurisdiccional de los motivos invocados, el examen del Tribunal General no tiene por objeto ni por efecto reemplazar la instrucción completa del asunto en el marco de un procedimiento administrativo. Por otra parte, el conocimiento tardío de determinados documentos del expediente no coloca a la empresa que ha interpuesto un recurso contra una decisión de la Comisión en la situación en la que se habría encontrado si hubiera podido basarse en esos mismos documentos para presentar sus observaciones escritas y orales ante dicha institución (véase la sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 103 y jurisprudencia citada).

57 Cuando el acceso al expediente, y más concretamente a las pruebas de descargo, se obtiene en la fase del procedimiento judicial, la empresa de que se trate no debe demostrar que, si hubiera tenido acceso a los

documentos no comunicados, la decisión de la Comisión habría tenido un contenido diferente, sino únicamente que dichos documentos hubieran resultado útiles para su defensa (sentencias de 2 de octubre de 2003 , Corus UK/Comisión , C-199/99 P, Rec. p. I-11177, apartado 128; Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, antes citada, apartado 318, y Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 131)"

En aquel supuesto se había producido el extravío de determinados subexpedientes, y no había tenido acceso la empresa a datos relativos a las cuotas de mercado. El TJUE consideró erróneo que el TGUE impusiera a la empresa el deber de precisar los argumentos que hubiera podido invocar en caso de haber tenido a su disposición dichos expedientes que no pudo consultar.

La situación en autos es radicalmente diferente: no ha tenido acceso la actora a documentos que no forman ni han formado parte del expediente, que no han sido tenidos en cuenta para establecer los hechos que la CNC considera constitutivos de la infracción, y respecto de los cuales no existe indicio alguno que permita suponer que contienen elementos exculpatorios. El propio TJUE recuerda en esta sentencia que " una vulneración del derecho de defensa debe ser examinada en función de las circunstancias específicas de cada caso concreto (apartado 66)."

Si entonces la Comisión Europea no facilitó a la demandante todos los documentos que figuraban en su expediente y en particular las pruebas de descargo, en este caso, la actora dice que no le cabe duda de que la CNC obtuvo del denunciante información que motivó la apertura de información reservada, que a su vez motivó la apertura del expediente, y que "incluso las comunicaciones con el denunciante destinadas a preparar una denuncia -muy parca en cuanto a motivos- pueden contener elementos de descargo o elementos que sirvan para valorar, por ejemplo, la credibilidad del denunciante".

El derecho de acceso lo es al expediente, y los documentos a los que hace referencia la actora no forman parte del expediente; la empresa interesada ha podido exponer de modo útil su punto de vista sobre la realidad y la pertinencia de los hechos y las circunstancias alegados y sobre los documentos que la CNC tuvo en cuenta para fundamentar su resolución. La CNC dio a la recurrente acceso a todos los documentos incluidos en el expediente excepto los relativos a secretos comerciales de las empresas y otros documentos declarados confidenciales por contener datos pertenecientes a la actividad económica de los competidores.

Debe en consecuencia desestimarse este motivo de recurso".(...)

SEXTO - .Se alega a continuación la violación del derecho a ser informado de la acusación, porque entiende la actora que se ha violado su derecho a la inalterabilidad de los hechos esenciales pues fue acusado de tres cárteles por la DI y condenado por un solo cártel por el Consejo de la CNC.

El art. 51.4 LDC 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 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 tres infracciones sino de una sola infracción continuada.

Aun cuando pudiera entenderse que ha habido una recalificación, ello no determinaría en ningún caso la anulación de la resolución recurrida dado que no se ha producido una alteración de los elementos fácticos contenidos en el pliego de cargos sino una distinta valoración jurídica de los mismos. Los hechos han permanecido inalterables y se basan en las mismas pruebas. Este cambio de calificación jurídica sin alterar los hechos contenidos en el pliego de cargos puede ser realizado por el Consejo, al estar previsto en el artículo 51.4 de la LDC siempre que se de audiencia al interesado. En este caso no se ha dado audiencia al interesado, pero no razona el recurrente por qué se le ha causado indefensión, y en la sentencia de 30 de enero de 2012 el Alto Tribunal señaló:

"En efecto, en síntesis, la argumentación de la parte implica que la imputación formal efectuada por el Servicio de Defensa de la Competencia resultaría intangible para el Tribunal de Defensa de la Competencia en cuanto a los concretos hechos constitutivos de la infracción -en el caso, para el Servicio, precios excesivos en dos centrales, uno por central-, de tal forma que sólo sería posible modificar la imputación en cuanto al tipo sancionador aplicable -que en el presente supuesto no ha sido alterado, pues en ambos casos ha sido el de abuso de posición dominante-, pero no en lo que respecta a tales hechos, con independencia del conjunto de hechos



y conductas sobre los que hubiera versado el expediente sancionador. Sin embargo, ni la concreta regulación legal del procedimiento sancionador en la Ley de Defensa de la Competencia ni los principios constitucionales relativos al principio acusatorio y al derecho de defensa avalan una concepción tan extremadamente formalista del procedimiento administrativo sancionador."

Procede en consecuencia la desestimación de este motivo de recurso.

QUINTO: La actora considera que se ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia porque la prueba indiciaria no es mínima ni suficiente. Y no lo es, a su juicio, para la apreciación de la existencia de un cártel en el País Vasco en el que habría participado la actora, ni para la apreciación de la existencia de participación en la infracción continuada.

Continúa señalando la sentencia de esta Sala de fecha 29 de mayo de 2013, lo siguiente:

"Antes de continuar con el examen de este motivo de recurso la Sala debe examinar si es correcta la calificación de las conductas enjuiciadas como una única conducta continuada que afecta a las tres provincias, o si por el contrario se trata, como propuso la DI, de tres cárteles distintos, uno por cada provincia, cuestión que no es irrelevante dadas las consecuencias que tal calificación jurídica de los hechos tiene en la determinación de la responsabilidad del recurrente y principalmente en la determinación del importe de la sanción de multa.

En la propuesta de resolución de la Dirección de Investigación, se razona que:

"consta la existencia de tres cárteles diferenciados correspondientes a las Mesas de Burgos León y del País Vasco, formado por diferentes empresas -aunque en las distintas mesas ha participado el Grupo Campezo y/o alguna empresa perteneciente a dicho Grupo- del sector de los asfaltos o Mezclas Bituminosas en Caliente (MBC) y productos relacionados en el que las empresas participantes en cada uno de estos cárteles se han repartido las obras ofertadas en dichos territorios, mediante la fijación de los precios a los que debía ofertar las empresas del cártel a los clientes, lo que ha conllevado en algunos casos el control de la implantación de las plantas asfálticas en función de la zona de influencia de cada empresa del cártel en dichos territorios y en zonas limítrofes, lo que constituye un acuerdo contrario al artículo 1 de la ley 16/1989 y del artículo 1 de la vigente LDC por suponer una toma de contacto directa entre competidores para desvelar las conductas a adoptar y modificarlas en beneficio de los miembros del cártel, como ha quedado acreditado en el apartado anterior de este PCH".

Por su parte la resolución impugnada señala literalmente:

"El funcionamiento del cártel más arriba descrito de forma esquemática se repite en las tres mesas geográficas como puede apreciarse en los hechos acreditados, de forma que las empresas imputadas están en contacto, intercambian información y sobre la base de dicha información hacen un reparto prospectivo de las posibles solicitudes o peticiones de oferta que van a recibir para la ejecución de las obras, en general de carácter público, a realizar en la zona por las empresas constructoras.

Por tanto la sistemática es la misma, atribución entre ellas de las obras que prevén que van a ser licitadas o que ya lo han sido por las Administraciones Públicas, y que van a ser realizadas por las constructoras que han ganado la licitación pública, o por las subcontratas de dichas constructoras, de forma que cuando cada una de las empresas de asfalto reciba la solicitud de ofertas por parte de dichas constructoras, sabrá el precio al que debe ofertar para no competir entre sí y que se cumpla lo acordado y se lleve el contrato la empresa previamente designada.

Ahora bien, dadas las características del producto, las MBC, que deben extenderse en caliente y que por tanto el radio de autonomía es de 80 ó 100 Km. desde la planta asfáltica hasta la obra, los acuerdos deben ser locales y eso es lo que refleja la documentación incautada en la inspecciones y que corresponde al reparto en tres áreas geográficas.

Por tanto el Consejo, analizados los hechos acreditados, ha llegado a la convicción de que nos encontramos ante un único cártel, conformado por acuerdos de ámbito geográfico delimitado, y de los que en este expediente existe acreditación fehaciente del acuerdo de reparto en tres zonas, geográficas, Burgos, León y País Vasco, y no ante tres cárteles distintos."

Esta Sala considera que el hecho de que la sistemática sea la misma, y el sector empresarial el mismo, no basta para entender que se trata de un único cártel que se ha dividido en tres zonas geográficas por las características del producto. Por el contrario, como puso de manifiesto la Dirección de Investigación, puesto que lo relevante es la toma de contacto directa entre competidores para desvelar las conductas a adoptar y modificarlas en beneficio de los miembros del cártel, solo por el hecho de que una determinada empresa presuntamente participara en las reuniones independientes relativas a tres zonas geográficas distintas, la conclusión que extrae esta Sala es que si la conducta tipificada viene constituida precisamente por tales acuerdos, los cárteles son tres y no uno. No se ha acreditado la existencia de un plan conjunto integrador de las distintas conductas colusorias subyacentes,

León, Burgos, País Vasco, ni se ha acreditado que las empresas conocieran ese supuesto plan conjunto, con independencia de lo que resulte para el concreto supuesto del grupo empresarial presente en las tres zonas geográficas.

Por último, es especialmente relevante el hecho, puesto de relieve por la actora en el escrito de demanda, de que no hay coincidencia de fechas: la mesa de León tuvo lugar desde febrero de 2007 y habría terminado a mediados del 2008, un poco después de que se iniciase la del País Vasco, y en ambos casos antes de la Mesa de Burgos, operativa en el año 2009. No existe prueba de solapamiento temporal entre las conductas de León y Burgos a pesar de su mayor proximidad geográfica.

Esta conclusión que alcanza la Sala no tiene la consecuencia de alterar la competencia de la CNC, pues está se determinó por la autoridad administrativa con fundamento en la existencia de conductas semejantes en tres áreas geográficas situadas en dos Comunidades Autónomas diferentes."

Del exámen de las conclusiones recogidas tanto en la propuesta de resolución como en el acto administrativo impugnado resulta claramente que la hoy actora únicamente participó en la conducta relativa a la Mesa del País Vasco.

Se trata por tanto, continuando con los motivos de impugnación alegados en el escrito de demanda, de comprobar si se ha practicado prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia de la actora en relación con esa concreta conducta, en ese concreto ámbito geográfico.

Como resulta del expediente, se ha acreditado que la actora participó en acuerdos llevados a cabo en la Mesa del País Vasco, para el reparto del mercado de las mezclas bituminosas en caliente (MBC) y productos relacionados a través de un reparto de las obras ofertadas mediante la fijación de los precios a los que debía ofertar las empresas del cártel a los clientes lo que conllevaba en algunos casos el control de la implantación de las plantas asfálticas en función de la zona de influencia de cada empresa del cártel.

SEXTO - La actora alega que no hay pruebas de la existencia de su participación en la llamada Mesa del País Vasco.

En los folios 274 a 283 del expediente obran pruebas que acreditan la existencia de la denominada mesa del País Vasco. Se trata de tablas de distintas fechas en las que para una serie de obras se detallaban las toneladas correspondientes de asfalto, los metros cuadrados de suelo estabilizado y cúbico de cemento y la empresa del País Vasco a la que se le adjudicaba cada uno de estos productos. Consta que Orsa contrata 2º cinturón 1ª fase y AP-1 Mongragón. En el folio 271 aparecen notas manuscritas con el título "obras pendientes ya acordadas" obtenidas en el despacho del Director General de Campezo Construcción, apareciendo entre otros extremos, el reparto de obras entre Orsa, Guipasa, Coprisa y Urretxu. La Sala se remite expresamente a los apartados 36 a 49 del apartado D) Hechos Acreditados de la resolución impugnada.

Igualmente, como señala la CNC, la alegada autoría unilateral de las tablas no puede prosperar, dada la acreditada imposibilidad de que la información recogida en las mismas pudiera estar en posesión de una sola persona distinta además de las empresas que aparecen detalladas. A esto se suma el hecho de que el supuesto autor individual tuviera una capacidad de acierto sobre los sucesos futuros equivalente al 65% de las adjudicaciones de suministro de asfalto a cada obra.

El Tribunal Supremo viene admitiendo en materia sancionadora, que el juicio de reprochabilidad se base en pruebas de indicios, si bien (por ejemplo en la sentencia de 26 de abril de 2005), tales pruebas indiciarias deben estar sometidas a un estricto control para ponderar su validez, derivando 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.

Con este fundamento la Sala considera que se ha acreditado la participación de la actora en la conducta enjuiciada si bien limitando su responsabilidad al cártel identificado en la resolución impugnada como Mesa del País Vasco.

SÉPTIMO - La actora alegó con carácter subsidiario que había un error en la determinación de la extensión temporal de su responsabilidad con el consiguiente error en la determinación de la sanción.

La ineludible consecuencia de las conclusiones expuestas en los anteriores fundamentos jurídicos es que, entendiendo esta Sala que la responsabilidad de la actora queda limitada al cártel constituido por la Mesa del País Vasco, la determinación del importe de la sanción correspondiente queda igualmente afectado, tanto en



el aspecto temporal, como en el relativo al ámbito geográfico, y a tales efectos es preciso recordar como se ha calculado la sanción impuesta por la CNC:

- Las empresas han cometido una infracción del artículo 1 de la LDC al formar un cártel para el reparto del mercado de las Mezclas Bituminosas en Caliente (MBC) en Burgos, León y País Vasco.

- Esta conducta está comprendida en las tipificadas como muy grave en el artículo 62.4 de la LDC , y en consecuencia las empresas que la han llevado a cabo, de acuerdo con el artículo 63.1.c), son acreedoras de una sanción de hasta el 10 % del volumen de negocios total de la empresa en el ejercicio anterior al de la imposición de la multa.

- Para el cálculo de la multa el Consejo ha tenido en cuenta el volumen de negocios antes de impuestos, que las empresas han aportado obtenido del negocio de las Mezclas Bituminosas Calientes (MBC) en el territorio del cártel, Burgos, León y País Vasco, y por la duración acreditada de su participación en el cártel que constan en el FD anterior sobre la responsabilidad individual.

- Se tiene en cuenta la gravedad, la parte del mercado afectado, los efectos sobre consumidores y usuarios para fijar el porcentaje a aplicar al volumen de ventas afectado por la infracción.

-Además en el caso de ORSA se considera la circunstancia agravante de comisión repetida de infracciones tipificadas en la LDC, elevándose la sanción en un 15%.

La Sala una vez examinado el expediente administrativo comprueba que carece de elementos fácticos para determinar con precisión cual fue el volumen de negocio antes de impuestos de la empresa actora en el territorio del cártel del que es responsable, Mesa del País Vasco, durante el periodo 29 de febrero de 2008-octubre 2009 en el que se desarrolló la conducta infractora. Se ha considerado como fecha final la de octubre de 2009, fecha de la denuncia, al no constar que con anterioridad, la actora hubiese cesado en dicha conducta. Tampoco podemos determinar si el importe de la sanción impuesta supera el límite máximo del 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, tal y como establece el art. 63.1.c) de la LDC .

En consecuencia, procede estimar en parte el recurso, declarar a la actora responsable de una conducta contraria al artículo 1 LDC tal y como ha sido tipificada por la CNC pero limitada al País Vasco y al periodo 29 de febrero 2008 y octubre de 2009, devolviendo las actuaciones a la CNC a fin de que establezca el importe de la sanción de multa partiendo de la base del volumen de negocio de las Mezclas Bituminosas Calientes de la actora en el referido ámbito geográfico, y teniendo en cuenta para establecerlo que la conducta se desarrolló entre febrero de 2007 y octubre de 2009 y con e límite máximo fijado por el artículo 63.1.c) de la LDC .

OCTAVO - En aplicación de lo dispuesto en el art. 139. Pfo. 1 de la Ley Jurisdiccional , visto que se estima en parte el recurso, no procede efectuar condena al pago de las costas a ninguna de las partes.

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

FALLAMOS

Que debemos **ESTIMAR EN PARTE y ESTIMAMOS** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **EXCAVACIONES Y TRANSPORTES ORSA S.L** . contra el Acuerdo dictado el día 26 de octubre de 2011 por la Comisión Nacional de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual anulamos en el extremo relativo a la determinación del ámbito de la conducta infractora, devolviendo las actuaciones a la CNC a fin de que establezca el importe de la sanción de multa partiendo de la base del volumen de negocio de las Mezclas Bituminosas Calientes de la actora en el País Vasco y con el límite fijado por el art. 63.1.c) de la LDC . Sin efectuar condena al pago de las costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985 , y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Iltma. 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.