



Roj: **SAN 2078/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:2078**

Id Cendoj: **28079230062014100272**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **30/04/2014**

Nº de Recurso: **560/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2078/2014,**  
**AAAN 123/2014**

## **SENTENCIA**

Madrid, a treinta de abril de dos mil catorce.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la *Sección Sexta* de la **Sala de lo Contencioso-Administrativo**, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 560/11, seguido a instancia de **"Grupo Campezo Obras y Servicios SL", "Campezo Construcción SA", Guipasa SA", y "Campezo Asfaltos de Castilla y León SL", como sucesora de "Oscal Obras y Servicios SL"**, representadas por el Procurador de los Tribunales D<sup>a</sup> María Luisa Noya Otero, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. Han comparecido, en calidad de codemandadas, las mercantiles "Excavaciones y Transportes Orsa S", representada por el Procurador de los Tribunales D. Alberto Hidalgo Martínez, y la "Compañía General de Hormigones y Asfaltos SL", representada por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado. El recurso versó sobre impugnación de Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), la cuantía se fijó en más de 600.000 €, e intervino como ponente el Magistrado Don SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** :- Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario el conocimiento de los siguientes hechos:

1. Las recurrentes se integran en el denominado "Grupo Campezo", que se estructura en la forma siguiente:

-Grupo Campezo Obras y Servicios SL: es la sociedad matriz del grupo, se constituye en 2007, está sin actividad ni estructura hasta 2008, y en 2010 tiene las siguientes participaciones empresariales: el 100% de "Campezo Asfaltos de Castilla y León SLU", el 100% de "Campezo Construcción SAU", el 99,99% de "Guipasa SA", y el 50% de "Construcciones Públicas COPRISA SA" a través de "Campezo Participadas SLU" (de la que ostenta el 100% de participaciones).

Sus accionistas al tiempo de dictarse la resolución recurrida, eran "Asfaltia SL" con un 51% y "Gestión de Infraestructuras SA" con un 44%.

Su objeto social es la adquisición, tenencia, administración y gestión de títulos, acciones y participaciones sociales o cualquier otra forma de representación de participaciones en el capital social de entidades residentes y no residentes.

-Campezo Asfaltos de Castilla y León, antes Oscal Obras y Servicios: su objeto social es explotación de plantas de aglomerado asfáltico y de hormigones, así como la adquisición, explotación y gestión de canteras y la



fabricación, venta y colocación de productos químicos relacionados con el asfalto, en la zona de Castilla y León.

-Campezo Construcción SAU, antes Asfaltos Naturales Campezo con el mismo objeto social que la anterior, añadiendo la realización de obra civil.

-Guipasa SA: su objeto social es el negocio de los productos asfálticos, aglomerados, riegos e impermeabilizaciones, estructuras de hormigón armado, metálicas o mixtas.

2. Según se indica en la resolución recurrida, el objeto de la investigación se ha centrado en una serie de contactos y reuniones celebrados desde el mes de febrero de 2007 hasta octubre de 2009, entre empresas competidoras en el mercado de mezclas bituminosas en caliente (MBC o asfaltos), y productos relacionados, en las provincias de Burgos, León, y la Comunidad Autónoma del País Vasco, reuniéndose en Mesas geográficas (Burgos, León y País Vasco), y procediendo a la provisión de MBC a las obras que se iban a realizar.

La Resolución señala que el área de influencia de las empresas investigadas, dadas las características del producto, era local, lo que no impedía el establecimiento de acuerdos de ámbito supraautonómico.

Los acuerdos de reparto se llevaban a efecto a través de: El establecimiento de cupos en toneladas de producción de MBC, el intercambio de información sensible sobre obras y clientes, el establecimiento de las tarifas base para los productos y los servicios necesarios para la realización del asfaltado, el reparto de las obras a ejecutar atendiendo a los cupos de cada una de ellas, el control sobre las plantas de asfalto del área de influencia de cada empresa.

Según se indica en la Resolución, los elementos de prueba con los que consta para justificar la existencia de los acuerdos y la imposición de las sanciones, son correos electrónicos, notas manuscritas, cuadros y tablas en las que se reflejan de forma detallada para determinadas obras las toneladas correspondientes de asfalto, los metros cuadrados de suelo estabilizado y los metros cúbicos de cemento necesarios, así como las empresas adjudicatarias de los productos.

3. La intervención de las recurrentes, según se indica en la resolución recurrida, puede presentarse en relación con las distintas Mesas de contratación en las que participaba:

-Mesa de Burgos: las reuniones se realizaban con periodicidad semanal, y se han acreditado 20 reuniones desde febrero de a septiembre de 2009

-Mesa de León: estuvo operativa desde febrero de 2007 hasta mediados de 2008.

-Mesa del País Vasco: desde febrero de 2008 hasta septiembre de 2009.

4. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), mediante resolución de fecha 26 de octubre de 2011, adoptó las siguientes decisiones:

a) Declarar que la actuación de las entidades recurrentes es constitutiva de una infracción del artículo 1.1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia, 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 período que va desde febrero de 2007 hasta octubre de 2009.

b) Imponer a las entidades recurrentes las multas siguientes:

-Campezo Asfaltos de Castilla y León, antes Oscal Obras y Servicios: 866.535 euros, de la que es responsable solidaria su empresa matriz Grupo Campezo Obras y Servicios SL.

-Campezo Construcción SAU, antes Asfaltos Naturales Campezo: 7.036.341 euros, de la que es responsable solidarias su matriz Grupo Campezo de Obras y Servicios SL.

-Guipasa SA: 3.660.471 euros, de la que es responsable solidarias su matriz Grupo Campezo de Obras y Servicios SL.

c) Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento de la resolución.

**SEGUNDO:-** Por la representación de la actora se interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución precedente, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

1. Manifiesta incompetencia del órgano que dictó el acto impugnado. Invoca el artículo 1.3 y 2.1, 4, 5.dos b), de la Ley 1/2002 de 2 de febrero y señala la competencia de la autoridad de competencia de la Comunidad Autónoma afectada:



-Determinación del mercado relevante: las provincias afectadas son Burgos, León y Guipúzcoa. El suministro del MBC no alcanza una distancia superior a los 80 Kms.

-Incompetencia de la CNC para tramitar y resolver el expediente por corresponder la misma a las autoridades de Defensa de las Competencias del País Vasco y Castilla León, ya que los eventuales efectos anticompetitivos sancionados no superan el ámbito autonómico: No se informó debidamente a estas Administraciones de las características del cártel para que pudieran reclamar su competencia, y emitir el preceptivo informe con una información completa. No se convocó a la Junta Consultiva para solventar las discrepancias.

-En el escroto de conclusiones invoca la SAN de 29 de mayo de 2013 recurso nº 715/11 que analiza esta cuestión y concluye que existen tres cárteles distintos, uno por territorio.

2. Incumplimiento de la exigencia de informe preceptivo de las autoridades de defensa de la competencia infringiendo lo dispuesto en el artículo 5. cuatro de la Ley 1/2002 y del artículo 33.2 del Reglamento de Defensa de la Competencia :

3-. Infracción del artículo 51 LDC al variar la Resolución impugnada el criterio de la DFI que consideraba la existencia de tres cárteles y pasar a sancionar por la participación en un cártel único sin dar el traslado para alegaciones previsto en el citado precepto, que además vulnera el principio de defensa (sic) protegido constitucionalmente ( artículo 24 CE y 51 LDC ). Ello determina la nulidad de la Resolución impugnada (artículo 62.1 a) LRJAPPAC:

-El Consejo realiza una reforma peyorativa para las recurrentes, introduce nuevos elementos del tipo infractor, sin audiencia previa a las recurrentes, con la calificación de única y continuada sin prueba de la existencia de un plan único y adhesión de todas las partes al plan común. Se amplía indebidamente el espacio y el tiempo de la conducta, lo que implica mayor sanción.

4.Infracción del principio constitucional de presunción de inocencia ( artículo 24 CE ) al imputar y sancionar a Campezo Construcción por su supuesta participación en el cártel que considera la CNC, vulnerando con ello también el artículo 1 en relación con la disposición cuarta. 2 ambos de la LDC :

- En el expediente no hay imputación concreta alguna contra la entidad

Campezo Construcción SA en la concertación de las Mesas de Burgos y León, y sólo de forma indirecta en la Mesa del País Vasco. La sancionada Campezo Construcción SA no se dedicaba a esa actividad en el período febrero 2008 a octubre 2009. Los correos electrónicos cruzados entre el Sr. Florencio (directos de Guipasa y Campezo Construcción) y el Sr. Gustavo (máximo responsable de Guipasa y superior Don. Florencio ) lo serían en su relación con Guipasa, de la que Don. Gustavo es apoderado general.

- Campezo Construcción SA causó baja del IAE en la actividad industrial de productos asfálticos el 28 de febrero de 2007. Desde el 1 de marzo de 2007 su actividad es la construcción y reparación de toda clase de obras y desde el 1 de enero de 2008, las investigaciones científicas y técnicas, por lo que carecía de los medios mínimos y técnicos para el desarrollo de la actividad de asfaltado.

-Destaca que Campezo Construcción SA, sí contestó al requerimiento de la CNC sobre sus cifras de negocio, y lo hizo el 3 de diciembre de 2010, y el 30 de mayo de 2011, siendo éste igual a 0.

5. Infracción del principio de presunción de inocencia ( artículo 24 CE ), por considerar la resolución a Grupo Campezo Obras y Servicios SL, responsable solidario de las conductas de sus afiliados no habiendo intervenido en ninguno de los hechos que se les imputan:

-Grupo Campezo Obras y Servicios SL no realiza ninguna actividad industrial ni comercial, por lo que no puede llevar a cabo ninguna concertación en mercado alguno.

-Cada empresa tiene su personalidad jurídica propia por lo que no se puede responsabilizar, sin mas, a la empresa matriz.

6. Infracción del artículo 1 LDC , al aplicarse a las recurrentes por considerar que se concertaron con otras empresas en las Mesas de León, Burgos y País Vasco: violación de la presunción de inocencia y culpabilidad.

- Mesa de León: ningún directivo de Campezo Asfaltos de Castilla, ni de León SL asistieron a dicha Mesa. Muestra su discrepancia respecto a la valoración de las evidencias consignadas por la resolución recurrida en los puntos 23 a 31 de los Hechos Acreditados. Respecto de las tablas obrantes en los folios 307 a 355 del expediente, señala que fueron confeccionadas por un empleado de la recurrente, con una información que no necesariamente provenía de las empresas competidoras. Afirma que hay muchos errores en las tablas y las coincidencias entre en lo que en las mismas se indica y las reales adjudicaciones se limitan a un 47% de los casos. Subraya que el Consejo les atribuye un reparto de mercado de obras futuras, y admite que los miembros



del cártel asistían a las reuniones sin información suficiente. También critica el cuadro "Índice de penetración" obrante en los folios 12 y 890 del expediente, que califica de incompleto. En cuanto al Fax de Luis Francisco de 27 de mayo de 2007, (folios 2006 y 2007), es solo una copia de un fax de Luis Francisco, pero no puede saberse a quien se remitió y no tiene nada que ver con los precios de los MBC vendidos para grandes obras.

-Mesa de Burgos: No hay prueba de la participación de la recurrente, y el PCH se sustenta sobre datos inexactos y valorados de forma equivocada.

-Mesa del País Vasco: La única empresa del grupo que opera en esta zona es Guipasa, y subraya que los datos incorporados a las tablas a las que se refiere la resolución, son simples estimaciones no contrastadas que no reflejan ningún acuerdo de reparto de cuota. No hay documento alguno en el expediente que prueba la implicación de la recurrente y respecto de los correos encontrados ofrece explicaciones alternativas. Subraya que la recurrente prestó sus servicios en un radio de 80 Km, lo que limita la competencia y el mercado afectado.

7. Vulneración del artículo 64 LDC que establece los criterios que habrán de seguirse para la determinación de importe de las sanciones en especial el principio de proporcionalidad y vulneración del artículo 63.1 c) de la misma Ley que marca el límite máximo de las mismas:

-La CNC se limita a citar los criterios del artículo 64 LDC, sin análisis alguno.

-La sanción se impone sin motivar y aplica directamente el máximo legal del 10%, con infracción del principio de proporcionalidad.

-No se ha probado la existencia de efectos en el mercado de la conducta anticompetitiva

-Campezo Construcción SA ha sido arbitrariamente tratada, pues a lo sumo debió tenerse en cuenta el volumen de negocios total en el sector privado, lo que hubiera dado lugar a una multa de menos de 200.000 euros. Denuncia un trato arbitrario en la página 72 de la Resolución, en relación con la sociedad Teconsa, respecto de la cual la CNC tomó como cifra de negocio la que figura en las últimas cuentas publicadas en el Registro Mercantil mientras que en este caso. Se le calcula la multa sobre las cifras de negocio de la matriz.

-Campezo Obras y Servicios nunca realizó la actividad objeto de sanción. Es una entidad independiente que tiene personalidad jurídica propia y realiza funciones de holding.

-Guipasa SA: no se acreditan efectos y se impone sin mayor motivación el límite máximo del 10%. Según sus cálculos, la multa no puede sobrepasar los 2530676 euros.

-Campezo Asfaltos Castilla León: Reitera los argumentos y estima que la multa no puede sobrepasar los 392.392 euros.

8. Inexistencia de circunstancias agravantes:

-No cabe apreciar la existencia de la circunstancia de reincidencia ya que la recurrente no ha sido sancionada anteriormente.

**TERCERO:-** La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida. Las concretas alegaciones del Abogado del Estado serán objeto de análisis en el apartado "Fundamentos Jurídicos" de esta sentencia.

**CUARTO:-** Practicada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

**QUINTO:-** Señalado el día 29 de abril de 2014 para la votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

**SEXTO:-** Aparecen observadas las formalidades de tramitación, que son las del procedimiento ordinario.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO:** La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal de la Resolución de fecha 26 de octubre de 2011, dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en el expediente S/192/09, en cuya virtud se adoptaron las siguientes decisiones:

1. Declarar que la actuación de las entidades recurrentes es constitutiva de una infracción del artículo 1.1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia, 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 período que va desde febrero de 2007 hasta octubre de 2009.

2. Imponer a las entidades recurrentes las multas siguientes:

-Campezo Asfaltos de Castilla y León, antes Oscal Obras y Servicios: 866.535 euros, de la que es responsable solidaria su empresa matriz Grupo Campezo Obras y Servicios SL.

-Campezo Construcción SAU, antes Asfaltos Naturales Campezo: 7.036.341 euros, de la que es responsable solidarias su matriz Grupo Campezo de Obras y Servicios SL.

-Guipasa SA: 3.660.471 euros, de la que es responsable solidarias su matriz Grupo Campezo de Obras y Servicios SL.

3. Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento de la resolución.

La gran mayoría de cuestiones planteadas por las recurrentes han sido ya resueltas por esta Sala, al resolver los distintos recursos interpuestos por entidades afectadas por la misma resolución objeto del presente recurso. Por ello, y en orden a respetar el principio de la unidad de decisión, la presente resolución se adopta en función de las referidas sentencias que son objeto de cita en los fundamentos jurídicos siguientes.

**SEGUNDO:** El primero de los temas planteados por las recurrentes es el relativo a la falta de competencia de la CNC para dictar la resolución recurrida, por falta de competencia por razón del territorio, en perjuicio de las autoridades de competencia de las Comunidades de Castilla León y el País Vasco, a lo que se añade el hecho de no haber solicitado el informe de dichas autoridades.

A este respecto, en nuestra sentencia de 29 de mayo de 2013, recurso nº 715/2011, dijimos que: " 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".

En atención a lo expuesto, procede desestimar este primer motivo de recurso.

**TERCERO** : La segunda cuestión planteada es la relativa a la infracción del artículo 51 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia (LDC ) por haber variado la CNC el título de imputación, sin previa audiencia.

También esta cuestión fue tratada en la sentencia de 29 de mayo de 2013 referida, en los siguientes términos: "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."*

En atención a lo expuesto, procede en consecuencia la desestimación de este motivo de recurso.



**CUARTO** : A continuación plantea la recurrente la violación del principio de presunción de inocencia por haberse sancionado a la empresa matriz que no tuvo participación directa alguna en las actividades sancionadas.

En este punto, nuevamente debemos remitirnos a la SAN de 29 de mayo de 2013 en la que dijimos que: "el artículo 61.2 de la LDC ha previsto que, " *A los efectos de la aplicación de la LDC, la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas* ". Y añade la CNC: " *Conforme a la reiterada doctrina cuando una sociedad matriz tiene una participación del 100% del capital social de su filial, existe una presunción de que esa sociedad matriz ejerce una influencia decisiva en el comportamiento de su filial, y de no ser así debe ser la parte quien de forma fehaciente acredite que no existe dicho control. Ninguna de las imputadas lo ha hecho.* "

La jurisprudencia comunitaria ha reconocido la doctrina de la unidad económica, en cuya virtud " *el comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular, cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte su matriz*" ( sentencia de 14 de julio de 1972 Imperial Chemical Industries c. Comisión). Si se reúne el doble requisito de que la matriz se halle en condiciones de ejercer una influencia decisiva sobre el comportamiento de la filial, y ejerce efectivamente tal influencia, puede trasladarse la responsabilidad de la filial a la matriz. Y se ha invertido la carga de la prueba de manera que es la matriz quién debe acreditar que pese a tener el 100% del capital de la filial no ejerce influencia decisiva sobre el comportamiento de esta. ( sentencias de 30 de septiembre de 2003 asunto Michelin , de 15 de septiembre de 2005 asunto Daimler , y otras).

En este caso ni siquiera se ha alegado la falta de ejercicio pleno de control de la matriz sobre la filial, y con base en la regulación legal señalada y la jurisprudencia citada (a la que cabe sumar la sentencia de 10 de septiembre de 2009 asunto AKZO NOBEL ) no se trata de que el procedimiento deba dirigirse contra la matriz a fin de que esta se defienda de las imputaciones, sino de que establecida la responsabilidad de la filial, la matriz en su caso impugne la existencia del control que resulta de su participación".

En este caso, la actora no efectúa alegación alguna al respecto, debiendo desestimarse este motivo de impugnación.

**QUINTO**: La siguiente cuestión planteada afecta de forma singular a una de las empresas que forman parte del grupo recurrente, "Campezo Construcción SAU", invocándose la vulneración del principio de presunción de inocencia al haber sido sancionada sin prueba de cargo.

La prueba pericial practicada a instancia de la recurrente formalizado por la entidad Agem Consultores y Auditores SL (documento nº 7 de los que acompañaban la demanda), muestra que muestra que "Campezo Construcciones SAU", causó baja en la actividad de industrial de productos asfálticos del IEA, el 28 de febrero de 2007, es decir, justo en la fecha fijada por la CNC como de inicio del cártel, pasando a ser su actividad desde el 1 de marzo de 2007, la de construcción y reparación de toda clase de obras y además, desde el 1º de enero de 2008, las investigaciones científicas y técnicas. También en el referido dictamen consta que la recurrente carecía de los medios mínimos necesarios para el desarrollo de la actividad de asfaltado, bien en régimen de propiedad, bien de arrendamiento durante los ejercicios de 2008 y 2009.

Para llegar a estas afirmaciones, el informe pericial se basó en una certificación del Departamento de Hacienda de la Diputación Foral de Guipúzcoa y en el examen de los medios de la empresa realizado por un ingeniero de caminos, canales y puertos, sin que la Administración haya reabatido estos extremos.

Por otra parte, según se acredita con los documentos nº 8 y 9 de los que acompañan a la demanda, la recurrente contestó respectivamente el 3 de diciembre de 2010 y el 30 de mayo de 2011, a los dos requerimientos formulados por la CNC para facilitar su cifra de negocios, resaltando que no realizaba actividad alguna en el mercado del asfalto, por lo que su cifra de negocio en los años 2008 y 2009 en este concreto mercado era igual a cero.

En estas circunstancias, un examen crítico de estas pruebas nos produce la convicción de que difícilmente las recurrente "Campezo Construcciones SAU", pudiera haber incurrido en algún tipo de responsabilidad por la falta que se le imputa, pues razonablemente ha acreditado un cambio de actividad que coincide con la fecha de inicio del cártel, y que es ajena a la actividad propia de la práctica colusoria sancionada.

La resolución recurrida, no precisa en su fundamentación jurídica la concreta actividad de la recurrente pues se limita a tratar de forma global la responsabilidad del grupo Campezo. No obstante, sí se refiere de forma individualizada a la recurrente en el apartado Hechos Probados, y por lo que a "Construcciones Campezo SAU" respecta, son de resaltar los Hechos Probados nº 38, y 40 a 49, todos ellos referidos a la Mesa de contratación del País Vasco, único cártel en el que se imputa participación a la recurrente.



Estas referencias se remiten a distintos correos electrónicos que demuestran un intercambio de pareceres y preocupaciones entre directivos del grupo Campezo, justamente en relación con las prácticas anticompetitivas denunciadas. Si bien es cierto que no puede dudarse del valor incriminatorio de dichas pruebas, halladas en los registros practicados en las empresas del grupo, debe prestarse especial atención a las que se atribuyen en dichos Hechos Probados, al Director General de Campezo Construcciones SAU.

La recurrente ha puesto de manifiesto con la correspondiente certificación del Registro Mercantil que dicho Director, D. Gustavo, lo era también la empresa "Guipasa", también sancionada por la resolución recurrida, por lo que cobra plena verosimilitud la tesis de la recurrente en el sentido de que dichas comunicaciones, enviadas por el gerente de Guipasa, estaban en realidad dirigidas al Sr. Gustavo en su condición de responsable máximo de dicha entidad, y no como responsable de la recurrente.

Un examen detallado de los diferentes correos electrónicos y notas manuscritas, nos permite asumir el planteamiento de la recurrente. En efecto, dicho examen pone de manifiesto que las comunicaciones dirigidas a D. Gustavo (folio 866 y otros), lo son a un correo electrónico con una dirección del grupo Campezo y no específica de la mercantil "Campezo Construcciones SAU", sin que en ningún momento se mencione de forma individualizada a esta sociedad. Por otra parte, las notas manuscritas atribuidas al Sr. Gustavo (folio 271 del expediente) están realizadas en un papel con membrete del grupo, sin mención específica a la concreta entidad recurrente.

En estas circunstancias, debemos concluir que no existe prueba suficiente para sancionar a la mercantil "Campezo Construcciones SAU", por lo que procede desestimar el recurso en este concreto extremo.

**SEXTO** - El siguiente motivo de recurso se refiere a la falta de prueba suficiente para sancionar a las restantes entidades del grupo.

Debemos recordar, de acuerdo con nuestra sentencia de 29 de mayo de 2013, que: "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, ..... 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".

**SÉPTIMO** : Una vez concluido que en realidad existen tres cárteles distintos, la Sala constata que a diferencia de lo que ocurrió en los recursos nº 715/11, 559/11, y 714/11, en el presente caso se sanciona al grupo Campezo como autor de una infracción continua que se desarrolla en el ámbito geográfico de las tres mesas de contratación, Burgos, León y País Vasco. Si bien es cierto que desde la lectura de los Hechos Probados, puestos en relación con el FJ 6, puede colegirse la eventual participación de las empresas participantes y el ámbito geográfico de su actuación, ello se hace desde la óptica de una sola infracción, por lo que cabe descartar la duración total de la infracción establecida en la resolución, pues ésta será establecida para cada cártel, y tomar en consideración esta circunstancia para, en su caso, calcular eventuales variaciones en la responsabilidad de las sociedades sancionadas como autoras materiales y su repercusión en la sociedad holding del grupo.

Las pruebas indiciarias y directas que se encuentran en la base de la redacción de los Hechos Probados de la resolución recurrida, nos permiten concluir que, efectivamente han existido las prácticas colusorias descritas, eso sí, limitadas al área geográfica establecida en cada Mesa. La acreditación de los hechos en la forma realizada, es acorde con los términos establecidos por la jurisprudencia de los Tribunales de la Unión, de lo que es un simple ejemplo Sentencia del Tribunal General de 29 de junio de 2012, Asunto GDF Suez T- 370/09 , apartados 136 a 139.

No podemos compartir a estos efectos las alegaciones de la recurrente, que no cuestionan ni la legalidad de la obtención de los documentos, ni su validez, limitándose a exigir de la CNC la aportación de pruebas directas más precisas, como la participación física de los directivos de las recurrentes en las reuniones, lo que no exige la jurisprudencia reseñada. Tampoco puede aceptarse el argumento de que las tablas en las que se recogen las adjudicaciones de las obras no reflejen de forma exacta la realidad de lo ocurrido posteriormente, pues se trata de simples proyecciones, siendo, sin embargo, llamativo el alto grado de coincidencia expresamente admitido por las recurrentes. Las pruebas evidencian que han existido contactos entre las distintas empresas que han procedido a un intercambio de información estratégica, con la consecuencia de repartirse el mercado e incidir en los precios de los productos afectados. Debe destacarse que una parte importante de la documentación fue encontrada en la sede de la recurrente y en la misma se mencionan contactos y acuerdos con competidores, de lo que son ejemplos los HHPP 38 a 49 en relación con GUIPASA, o el nº 4 y siguientes en relación con "Campezo Asfaltos de Castilla y León".

**OCTAVO**: La recurrente considera, en un nuevo motivo de recurso, que se solapa con el anterior, en relación con el modo de calcular las sanciones. En este punto, debemos resolver de acuerdo con los criterios establecidos en las resoluciones precedentes, y por ello procede estimar el recurso a fin de que se realice una estimación sobre el concreto volumen de negocio de cada una de las empresas en el territorio de cada uno de los tres cárteles identificados, debiendo justificar, en su caso, los incrementos de porcentajes sobre el montante inicial para el cálculo de la multa.



Para concluir y a modo de resumen sobre los efectos de la anulación que acordamos, cabe añadir al supuesto que acabamos de mencionar, la total exoneración de responsabilidad respecto de la empresa "Construcciones Campezo SAU".

**NOVENO** -. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LRJCA , al estimarse en parte el recurso no procede realizar un especial pronunciamiento sobre las costas causadas.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

### **FALLO**

Estimamos en parte el recurso interpuesto y en consecuencia anulamos la resolución recurrida con los efectos que se determinan en el FJ 8 de esta resolución. Sin costas. Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 248 de la LOPJ , al tiempo de notificar la presente sentencia, se indicará a las partes que contra la misma cabe recurso de casación ordinario ante la Sala III del Tribunal Supremo, que podrá preparar ante este mismo Tribunal en los diez días siguientes a la notificación de la Sentencia.

### **PUBLICACIÓN.**

La anterior sentencia fue leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado ponente, en audiencia pública.