



Roj: **SAN 1986/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:1986**

Id Cendoj: **28079230062014100264**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **07/05/2014**

Nº de Recurso: **713/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a siete de mayo de dos mil catorce.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Asfaltos Vidal Ferrero S.L.**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Alberto Hidalgo Martínez, 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 26 de octubre de 2011**, relativa sanción y la cuantía del presente recurso 595.154 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Asfaltos Vidal Ferrero S.L., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Alberto Hidalgo Martínez, 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 26 de octubre de 2011, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada y con ella de la sanción impuesta.

SEGUNDO : Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO : Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día seis de mayo de dos mil catorce.

CUARTO : En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO : Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 26 de octubre de 2011, por la que se impone a la hoy recurrente la sanción de multa de 595.154 euros por resultado acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley 15 /2007 de 17 de julio de Defensa.

SEGUNDO : La Resolución de la CNC que hoy enjuiciamos declara en su parte dispositiva, en lo que ahora interesa:



"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... ASFALTOS VIDAL FERRERO, S.L.;...

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

ASFALTOS VIDAL FERRERO, S.L. una multa de 595.154 € (Quinientos noventa y cinco mil ciento cincuenta y cuatro euros).

TERCERO : De la descripción realizada por la Resolución impugnada sobre las partes en el expediente sancionador, hemos de destacar:

"ASFALTOS VIDAL FERRERO, S.L., (en adelante, VIDAL FERRERO), tiene su domicilio en León, Avenida José Aguado, 4, 1º B, 24005, así como sus plantas de hormigón y aglomerado, y se dedica únicamente al mercado del asfalto. No pertenece a ningún grupo y no tiene participaciones de control en otras entidades."

Antes de entrar en el examen de los hechos, y toda vez que la recurrente alega infracción de la Ley 1/2002, recogeremos los argumentos de la Resolución sobre la competencia de la CNC respecto de la infracción que nos ocupa.

"La mayoría de las partes, CAMPEZO, VIDAL FERRERO, AGLOMERADOS LEÓN, GEHORSÁ, COPRISA, alegan incompetencia de la CNC para resolver el expediente apoyándose en que la definición del mercado geográfico, de la Mezcla Bituminosa en Caliente, es local y en la descripción que hace la DI de tres cárteles, el de Burgos, el de León y el del País Vasco. Consideran que la competencia es de las Autoridades autonómicas y piden que en aplicación del artículo 1.3 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, se remita a las autoridades de competencia de Castilla y León y del País Vasco.

Y para el supuesto de que la CNC decida mantener la competencia, piden se solicite el Informe Preceptivo a que se refiere el art. 33.2 RDC.

El Consejo, a la vista de dichas alegaciones, y tomando en consideración la incidencia de los hechos investigados en el expediente en el territorio de Castilla León y País Vasco, acordó solicitar al Tribunal de Defensa de la Competencia de Castilla y León (TDCCyL) y al Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia (TVDC), el Informe Preceptivo y no vinculante a que se refiere el artículo 5, apartado cuatro de la Ley 1/2002, en la redacción que le ha dado la Disposición Adicional Décima de la Ley 15/2007, precisando que el mismo debería analizar la incidencia de las conductas examinadas en el territorio de las respectivas Comunidades Autónomas.

El TDCCyL 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.

Este Consejo dio respuesta a dicha solicitud por Acuerdo de 16 de junio de 2011, en el que en aplicación de la normativa sobre los puntos de conexión del artículo 1 de la Ley 1/2002, y teniendo en cuenta la conducta objeto del expediente, reafirmó su consideración de que la competencia para resolver este expediente corresponde al Estado, como por otra parte ya había manifestado expresamente al solicitar al TDCCyL y al TVDC el citado Informe del artículo 5 de la Ley 1/2002. Asimismo recordó al TVDC el informe solicitado.

A juicio de este Consejo, la falta de actuación ulterior por parte del TVDC solo puede revelar su aquiescencia con el criterio manifestado por la CNC...

Ante esta insistencia el Consejo no puede más que reiterar lo previsto en el artículo 1 de la Ley 1/2002, que reserva en exclusiva al Estado, es decir a la CNC la competencia ejecutiva sobre conductas que alteren o puedan alterar la libre competencia en un ámbito supra autonómico 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. Es decir, el criterio para la asignación entre el Estado y las Comunidades Autónomas de la competencia para perseguir y sancionar las conductas restrictivas no es la naturaleza nacional, autonómica o local del mercado de producto relevante en cada caso, sino el ámbito geográfico infra autonómico o supra autonómico de los efectos restrictivos de la competencia que produce o puede producir una determinada conducta.

En el caso que nos ocupa, la conducta del GRUPO CAMPEZO presente en las dos comunidades autónomas, afecta a un ámbito supra autonómico. Pero es que además hay en el expediente acreditación de que las conductas del resto de las empresas, inciden en un ámbito supra autonómico, como queda acreditado por el

hecho de que *TEBYCON*, de la Mesa de Burgos, contacta con empresas de la Mesa del País Vasco para hacer una oferta (HP D 46) y por las referencias a posibles acciones o retorsiones si no se respeta el reparto los territorios de Navarra y Rioja a que se refieren los correos entre los directivos del GRUPO CAMPEZO (HP D 47 y 48)."

La Sala comparte estos planteamientos, porque resulta del expediente que la conducta afectó o pudo afectar a diversas CCAA.

CUARTO : Los hechos que la CNC declara probados, que la Sala acoge como tales y que no han sido desvirtuados, en cuanto son especialmente relevantes, son los siguientes:

"Mesa de León

23. Las evidencias recogidas a continuación proceden de la documentación aportada por el denunciante, antiguo delegado de OSCAL en Burgos, de la documentación electrónica recabada durante la inspección en la sede de OSCAL y, tal como se indica en el punto (20) del Acta de la Inspección realizada en la sede de OSCAL en Burgos el 15 de octubre de 2009, de una serie de cajas con documentación en papel recabadas en el despacho del Gerente de OSCAL y procedentes de la sede de OSCAL en León tras el cierre de la misma en mayo de 2009 (folio 301).

24. Constan en el expediente una serie de tablas en las que se detallan una lista de obras y las toneladas adjudicadas a cada una de las empresas, a saber GRUPO CAMPEZO (a través de OSCAL), VIDAL FERRERO, COLLOSA, AGLOMERADOS LEÓN Y TECONSA, que como se verá se reúnen con periodicidad mensual en la denominada Mesa de León (folios 307 a 355).

En cada una de estas tablas se calcula el total de toneladas para el conjunto de las obras a repartir incluidas en el acuerdo y el total de las toneladas asignadas a cada una de las empresas participantes en el cártel.

En la evolución de las tablas, se ve que eran tratadas y modificadas en reuniones mensuales celebradas. En el expediente existe acreditación de reuniones desde, al menos, el mes de febrero de 2007 (05/02/2007) hasta, al menos, mayo de 2008.

25. Consta asimismo documentación de intercambios entre las empresas participantes en el cártel de información relativa a los costes en planta de los áridos y el betún, en función del tipo de MBC y los kilómetros que tengan que ser transportados, así como los propios precios de venta de las MBC, extendidas y compactadas, en función de la distancia a la obra, como el fax recabado en el despacho del Gerente de OSCAL en la inspección realizada en la sede de dicha empresa el 15 de octubre de 2009, remitido por la empresa VIDAL FERRERO el 24 de mayo de 2007, (folio 2006 y 2007).

26. En efecto, las tablas citadas, recabadas en el despacho del Gerente de OSCAL, en las que consta el reparto de las obras tienen en la cabecera fecha impresa (la primera es de 5 de febrero de 2007) y anotado a mano fechas posteriores, que coincide con las siguientes fechas de las tablas, de lo que se deduce la celebración de reuniones con periodicidad mensual entre los integrantes de la Mesa de León. Las anotaciones señalan las siguientes fechas para las reuniones:

- "prox 20-2-2007 17 horas"

- "28/02/07 6 tarde"

- "21/03/07 (5T)"

- "06/06/07 17h"

- "12/07/07 5 tarde"

- "prox 28/08/07 17.00 h."

- "25/09/07"

- "22/10 5"

- "12/12 5"

- "22/01/08"

- "25/02/08 5"

- "03/04/08 próxima"

- "6/05/08"

27. Las tablas contenían una columna con el nombre "OBRA" en la que se detallaban una serie de obras en León capital y en su provincia. A continuación las tablas indicaban, para cada una de estas obras, la empresa adjudicataria de la misma, (que subcontrataba a las empresas participantes en el cártel) y las toneladas



correspondientes a cada una de las obras (en la columna denominada "MEDICIÓN"). El reparto de las toneladas entre empresas se reflejaba bajo la columna referida a cada empresa participante en el cártel (denominadas colectivamente en las tablas como "PRETENDIENTES"), donde a su vez en alguna de estas tablas para cada empresa de la Mesa, las toneladas adjudicadas se dividían entre PENDIENTES y EJECUTADAS.

Al final de cada tabla se reflejaba en sus últimas filas la suma de las toneladas del total de las obras, cuántas de éstas estaban adjudicadas a la Mesa de León y el total (en toneladas totales y toneladas seguras) de cada empresa del cártel (folios 307 a 355).

28. En el siguiente cuadro se recoge un listado elaborado por la DI con las obras objeto de acuerdo entre las empresas de la Mesa de León, con indicación de la fecha de la reunión en la que fueron acordadas y los folios del expediente en que consta la acreditación:...

29. A modo de ejemplo se transcribe a continuación una de las tablas, similar al resto que consta en el expediente, en la que puede apreciarse en la columna de "PRETENDIENTES", las cinco empresas integrantes de la Mesa de León participantes en este cártel, -GRUPO CAMPEZO (a través de la sede de OSCAL en León), VIDAL FERRERO, COLLOSA, AGLOMERADOS LEÓN y TECONSA- y las cantidades asignadas a cada una:...

30. Por lo que se refiere a las tablas con los precios de las MBC y productos relacionados, éstas se recabaron también en la inspección de OSCAL, y estaban intercaladas entre las tablas de reparto de las obras. En alguna de estas tablas de precios (folios 2004 y 2005) consta anotada la fecha (20-02-2007), que coincide con la fecha de la reunión de una de las tablas (folio 312). Además se ha podido acreditar que se ha intercambiado entre las empresas de la Mesa, por el fax remitido el 24 de mayo de 2007 por OSCAL a VIDAL FERRERO con las tablas de precios (folios 2.006 y 2.007).

31. Constan en el expediente dos tipos de tablas de precios:

- Las que llevan por título "PRECIOS DE REFERENCIA PARA MEZCLAS BITUMINOSAS EN CALIENTE", en las que se detallan los PRECIOS BASE de los áridos, del betún, de los equipos de asfaltado y del transporte y el COSTE EN PLANTA y el PRECIO DE VENTA EN PLANTA para los distintos tipos de MBC (desglosado por componentes), a continuación una de las tablas recabadas en OSCAL (folio 2.01):...

- Las que llevan por título "PRECIO VENTA MBC EXTENDIDO Y COMPACTADO", en las que se detallan los precios de los distintos tipos de mezcla, en función de la distancia a la obra y de las toneladas de mezcla suministradas, extendidas y compactadas, como la que se transcribe a continuación (folio 2.017):..."

No olvidemos que la conducta imputada lo es la adopción de acuerdos consistentes en el reparto del mercado de Mezclas Bituminosas en Caliente (MBC) y productos relacionados en las provincias de Burgos, León y la Comunidad Autónoma del País Vasco. Como se recoge en la Resolución:

"La DI hace la siguiente descripción del funcionamiento del cártel con la que coincide el Consejo,

(1) El área de influencia de las empresas investigadas, determinada por las características del producto, facilitó que los acuerdos y el consecuente reparto del mercado se negociara, a efectos prácticos, a nivel local. Como se analizará más adelante, algunas empresas con implantación en varias provincias de una misma Comunidad Autónoma o de diferentes Comunidades Autónomas participaron al tiempo en varios de estos acuerdos locales. Así, la existencia de estos acuerdos a nivel local no impedía además el establecimiento de acuerdos entre empresas de áreas de influencia limítrofe o próxima que se traducían en el respeto a los clientes y mercado de los competidores de estas otras áreas también participantes en el cártel.

(2) Los acuerdos de reparto del mercado de las MBC y productos relacionados se llevaban a efecto en general en las zonas analizadas a través de:

- El establecimiento de cupos, en toneladas de producción de MBC, entre los participantes en el cártel.
- El intercambio de información sensible sobre obras y clientes, para su posterior reparto.
- 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 asfaltos del área de influencia de cada empresa.

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."

QUINTO : La recurrente centra su defensa de los siguientes aspectos, vulneración del derecho de defensa al no poder acceder a todos los documentos, vulneración del derecho a ser informado de la acusación, vulneración del derecho a la presunción de inocencia por insuficiencia de prueba, vulneración de la Ley 1/2002, vulneración del artículo 51 de la LDC y error en la determinación temporal de la conducta.

En cuanto al acceso a los documentos, decíamos en nuestra sentencia de 17 de junio de 2013, recurso 673/2011 :

"En cuanto a la falta de conocimiento de los datos confidenciales contenidos en la denuncia, hemos de recordar la doctrina jurisprudencial respecto de la admisión de pruebas, pues la ratio es la misma, se trata de aportar elementos fácticos al expediente:

"El presunto responsable de una infracción administrativa tiene derecho a utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico que resulten procedentes, y la Administración debe practicar cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de hechos y posibles responsabilidades, siendo adecuadas las pruebas que están dirigidas a la determinación, comprobación y establecimiento de los hechos que han motivado la investigación y la incoación del expediente sancionador.

La jurisprudencia considera que la apreciación de tal adecuación corresponde al órgano instructor, (STS de 4 de marzo de 1997 y SS de la Audiencia Nacional de 16 de enero de 2008 y 2 de julio de 2009), que debe motivar adecuadamente su denegación, ya que la ausencia de motivación podría ser causa de nulidad por vulnerar el art. 24 de la CE , pero sólo si generara indefensión. Así se ha manifestado el Tribunal Constitucional (sentencia 79/2002), para quien no basta la ausencia de motivación o una interpretación arbitraria sobre la adecuación de la prueba, sino que es preciso que la ausencia de prueba se haya traducido en una efectiva indefensión.

La estimación de la nulidad precisa que se acredite que la resolución pudiera haber sido otra si la prueba se hubiese admitido o si admitida se hubiera practicado. En resumen y tal y como expone el Tribunal Constitucional en sentencia más reciente (STC 258/2007, de 18 de diciembre), para considerar si ha existido o no indefensión deberá verificarse "si la prueba es decisiva en términos de defensa". (Sentencia cuatro de noviembre de dos mil diez, recurso 3/2009, de esta Sección).

Concretamente respecto de la confidencialidad, "la Sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 17 de diciembre de 1991 , recaída en el asunto Hércules Chemicals, a tenor de la cual, "el respeto del derecho de defensa no exige que la empresa implicada en un procedimiento pueda comentar todos los documentos que formen parte del expediente de la Comisión, puesto que no hay disposiciones que impongan a la Comisión la obligación de comunicar sus expedientes a las partes interesadas (sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1984, asuntos acumulados 43/82 , apartado 25)

En síntesis, la adecuada ponderación entre el derecho a la defensa y el respeto a la confidencialidad, tácita o expresa, de determinados extremos obrantes en el expediente, exige un esfuerzo analítico de las razones por las que se considera pertinente la aportación de documentos de conocimiento limitado, coherente con el principio, de raigambre anglosajona, a tenor del cual el acceso debe ampararse en la llamada "need to know", necesidad que debe justificarse, en este caso concreto, por referencia a cada uno de los documentos solicitados". (Sentencia del TS de ocho de Junio de dos mil once, recurso 2385/2007).

Aplicando tal doctrina al supuesto de autos no podemos apreciar indefensión porque todos los elementos fácticos en los que se fundamenta la declaración de infracción y la sanción, han sido conocidos por la recurrente, y sin que concrete la forma en que la confidencialidad le ha causado indefensión material.

Este planteamiento es igualmente aplicable al presente caso, por lo que no puede apreciarse indefensión ya que la recurrente a conocido todos los hechos imputados, así como la base documental de los mismos. Esto es, la imputación se ha realizado en base a los documentos conocidos por la actora.

Efectivamente, en nuestra sentencia de 29 de mayo de 2013, recurso 715/2011 , en la que se enjuiciaba la misma Resolución ahora impugnada, respecto de otra de las sancionadas, afirmábamos:

"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 25 de octubre de 2011 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 exculpativos. 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."

En cuanto a la modificación de la imputación, en cuanto la DI calificó la conducta como tres cárteles independientes, mientras que el Consejo lo consideró como un solo cártel y, por ello, una infracción única y continuada; también es una cuestión resuelta en nuestra sentencia de 29 de mayo de 2013, antes citada:

"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."

El principio de unidad de criterio obliga a aplicar lo señalado anteriormente al supuesto de autos, y a declarar que no existido vulneración del derecho de defensa no del artículo 51 de la LDC.

La recurrente afirma que existe una insuficiencia probatoria que pueda desvirtuar la presunción de inocencia.

Examinemos ahora el concepto de prueba de indicios. Es bien sabido que su utilización en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997\7421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998\7741) y 28 de enero de 1999 (RJ 1999\274). Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos

plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano.

Pues bien, el razonamiento de la CNC según el cual *"En resumen lo que ha venido a confirmar la prueba practicada es no solo que ha habido reparto del mercado entre las empresas, que es la imputación y razón suficiente para declarar infracción, sino que dicho reparto realizado por el cártel en la Mesa de León se ha cumplido en una medida muy elevada, puesto que como dice AGLOMERADOS LEÓN y VIDAL FERRERO en sus alegaciones, "en 30 de las 88 obras respecto de las que la Dirección de investigación cursa requerimientos de información, es decir en un 34,09% de los casos, no coincide el asfaltero que en realidad suministra el asfalto para un obra concreta y el asfaltero a quien según las tablas llamadas de reparto de mercado, se asignaba dicha obra", lo que implica que en más del 65% de los casos coincide el asfaltero que suministra el asfalto con el asignado en las tablas del cártel."*

En la sentencia de 29 de mayo de 2013, recurso 715/2011, se trataba de la prueba en los siguientes términos:

"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 León en el que habría participado la actora, ni para la apreciación de la existencia de participación en la infracción continuada.

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 determinada por la autoridad administrativa con fundamento en la existencia de conductas semejantes en tres áreas geográficas situadas en dos Comunidades Autónomas diferentes.

Del examen 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 provincia de León. 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 de León, 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."

La recurrente entiende que las tablas contenidas en la Resolución no reflejan una actividad probatoria suficiente, pues la ratio de acierto es del 65%, 38% o 32%, no puede sostener una imputación - folio 31 de la demanda -.

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 de León, y ello, porque, aún aceptando la ratio más baja de acierto, existe suficiente coincidencia como para entender probado el acuerdo que origina el cártel, así como la participación de la actora, pues concurrió en distintas ocasiones.

Respecto a la vulneración de la Ley 1/2002, también fue analizada en la sentencia de 29 de mayo de 2013 :

"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 supra autonómico 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."

Por último, y en relación a la existencia de un error en la determinación temporal de sus responsabilidades con el consiguiente error en la determinación de la sanción. A esta cuestión respondimos en la tan repetida sentencia de 29 de mayo de 2013 :

"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 de León, 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.



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, la provincia de León, durante el periodo febrero 2007-mayo 2008 en el que se desarrolló la conducta infractora.

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 a la provincia de León y al periodo febrero 2007 y mayo 2008, 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 mayo de 2008."

En el presente caso, solo se ha acreditado, como hemos visto, la participación de la recurrente en la mesa de León, y en el periodo temporal al que se refiere la sentencia anteriormente trascrita.

Por último, procede acceder a la publicación de la presente sentencia, una vez firme, del mismo modo en que se dio publicidad a la Resolución objeto del presente recurso.

SEXTO : De lo expuesto resulta la estimación parcial del recurso.

Toda vez que se ha estimado parcialmente el recurso, no procede imposición de costas conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

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

FALLAMOS

Que **estimando parcialmente** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **Asfaltos Vidal Ferrero S.L.**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. D^o Alberto Hidalgo Martínez, 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 26 de octubre de 2011**, debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en cuanto a la determinación del ámbito de la conducta infractora, y en consecuencia **debemos anularla** y la **anulamos** en el extremo citado, 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 la provincia de León, sin expresa imposición de costas.

La presente sentencia, una vez firme, será publicada del mismo modo en que se dio publicidad a la Resolución objeto del presente recurso.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no 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.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.