



Roj: **SAN 3197/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:3197**

Id Cendoj: **28079230062014100408**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **02/07/2014**

Nº de Recurso: **680/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a dos de julio 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 680/11, seguido a instancia de "**Tebycon SA**", representada por el Procurador de los Tribunales **D^a Cristina Matud Juristo**, 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 SL**", y la "**Compañía General de Hormigones y Asfaltos SA**", representadas respectivamente por los Procuradores de los Tribunales, D. Alberto Hidalgo Martínez y 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 294.117 €, 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. La recurrente tiene por objeto social la construcción y prestación de servicios en el ámbito de infraestructuras e ingeniería civil, edificaciones e infraestructura industrial, rehabilitaciones, energías renovables, servicios y medio ambiente. Su accionista único es la mercantil "Grupo Arconte 2000 SL", del que también forma parte la mercantil Conalvi SL, también sancionada por la resolución recurrida en este caso.

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 la recurrente, según se indica en la resolución recurrida, puede presentarse en relación con la Mesa de contratación de Burgos, y estuvo operativa desde el 16 de enero de 2009 hasta el mes de octubre de 2009.

La CNC estima probada la conducta, mediante la aportación de tablas mecanografiadas y datadas con fechas mensuales relativas al período indicado, en las que se recoge la obra, le empresa que va a realizarla, la cantidad de material previsto que será necesario proveer y la lista de empresas adjudicatarias, entre las que se encuentra la recurrente (Hechos probados 1 a 22).

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 la recurrente 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 la recurrente la multa de 294.117 euros, de la que es responsable solidaria su matriz Grupo Arconte 2000 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 que parten del presupuesto de que por parte del denunciante del cártel se preconstituyeron los electos de prueba tomados en consideración para imponer las sanciones:

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: la única provincia hipotéticamente afectada por la actuación de la recurrente sería la de Burgos.

-Incompetencia de la CNC para tramitar y resolver el expediente por corresponder la misma a las autoridades de Defensa de la Competencias de Castilla León, ya que los eventuales efectos anticompetitivos sancionados no superan el ámbito autonómico.

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. Incumplimiento de las obligaciones contenidas en el artículo 40 de la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal :

-La recurrente se encuentra en situación de concurso de acreedores, según Auto de 27 de octubre de 2010, dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Burgos . Dado que desde dicha fecha las facultades de administración y disposición propias de los órganos societarios se encuentran intervenidas, cualquier acto que afecte a su patrimonio debe ser comunicado a la Administración concursal.

-La falta de cumplimiento de dicha obligación, a pesar de que la recurrente comunicó esta circunstancia a la CNC en tiempo oportuno, determina la nulidad de todo lo actuado desde el 16 de noviembre de 2010, a fin de permitir la formación del correspondiente litisconsorcio pasivo necesario.

4. Infracción del principio constitucional de presunción de inocencia (artículos 24.2 CE) al imputar y sancionar a la recurrente sin pruebas suficientes, por su supuesta participación en el cártel descrito, en realidad inexistente:

- No se ha probado la existencia de indicios suficientes para justificar la imposición de la sanción, pues en realidad los calificados como tal son meras sospechas y deducciones obtenidas sobre la base de la denuncia. Califica los documentos incautados como prueba preconstituida por el empleado denunciante.



-Señala que ante las dificultades financieras existentes desde 2008, la recurrente solicitó ayuda a las empresas del sector para ser subcontratada para la realización de trabajos de construcción y/o suministros de productos asfálticos, ante la imposibilidad de acudir a licitaciones públicas.

-Estima lógico que antes esas dificultades, el Director de Producción hiciera un estudio de mercado de las obras que iban a ser objeto de licitación para intentar ser subcontratadas, mediante la aportación de ofertas/presupuestos a gran parte de las empresas del sector en Burgos, para tratar de conseguir la obra.

-La resolución recurrida se refiere a las referidas notas extrayendo deducciones, sin dejar constancia de la acreditación de los hechos, singularmente sobre la existencia de beneficios ilícitos en una entidad que se encuentra en fase de liquidación.

5. 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, omitiendo cualquier referencia a la dimensión y características del mercado afectado, o el alcance y duración de la infracción y la inexistencia de beneficios ilícitos lo que determina la inexistencia de la infracción.

-La sanción se impone sin motivar y aplica directamente el máximo legal del 10%, con infracción del principio de proporcionalidad a pesar de reconocer que no existen en el caso circunstancias modificativas de la responsabilidad.

-No se ha probado la existencia de efectos en el mercado de la conducta anticompetitiva, por lo que estima la recurrente que concurre la circunstancia atenuante correspondiente y moderar la multa.

-La cantidad máxima que podría imponerse es de 140.964,24 euros, pues el volumen del negocio de MBC en 2010, fue de 1.409.642 euros

6. Improcedente consideración por la resolución recurrida, de la responsabilidad solidaria de la conducta de la empresa matriz del grupo, pues no ha intervenido en ninguno de los hechos que se le imputan a la filial y además no fue imputada.

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.

Las partes codemandadas se personaron en las actuaciones, la Compañía General de Hormigones y Asfaltos desistió de su pretensión, y Excavaciones y Transportes Orsa SL, no formuló alegaciones.

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 17 de junio 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 la entidad recurrente en este proceso, la multa de 297.117 euros, declarando la responsabilidad solidaria de la empresa matriz Grupo Arconte 2000.

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

Algunas de las 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, singularmente a los efectos de precisar el ámbito de la estimación parcial del recurso, que se anuncia desde este momento.

SEGUNDO: La recurrente alega la falta de competencia de la CNC para dictar la resolución recurrida, por falta de competencia por razón del territorio al no existir conexión alguna entre los distintos mercados, en perjuicio de las autoridades de competencia de la Comunidad de Castilla León, a lo que se añade el hecho de haber tramitado erróneamente 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, 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 TDC de Castilla y León 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.

Resulta en consecuencia que no es obligatoria la iniciación del procedimiento, y en este caso concreto, correspondería el planteamiento al órgano autonómico, 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 motivo de recurso, sin que las específicas alegaciones de la recurrente, limitación del mercado geográfico a la provincia de Burgos, hayan desvirtuado las consideraciones antes expuestas, aplicadas por esta Sala al conjunto de entidades recurrentes.

TERCERO: Como motivos de impugnación de carácter sustantivo, se invoca la violación del derecho a la presunción de inocencia, por inexistencia de pruebas y la falta de acreditación de la participación de la recurrente en las conductas imputadas.

Resulta importante precisar, de acuerdo con nuestra sentencia de 29 de mayo de 2013 , y atendiendo a un motivo de recurso similar esgrimido por la recurrente en ese proceso, 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".

CUARTO: Una vez concluido que en realidad existen tres cárteles distintos, la Sala constata que, si bien es cierto que desde la lectura de los Hechos Probados, puestos en relación con el FJ 6 de la resolución recurrida, puede colegirse la participación de la empresa participante 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. En definitiva, ésta será establecida para cada cártel, y debe tomarse en consideración esta circunstancia para, en su caso, calcular eventuales variaciones en la responsabilidad de las sociedades sancionadas como autoras materiales.

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, en este caso la de Burgos (Hechos probados 1 a 22). La acreditación de los hechos en la forma indicada, 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 sobre la participación de la recurrente en el establecimiento de cuotas de producción y repartos de toneladas de MBC y las eventuales subcontratas para su ejecución.

Los documentos fueron incautados en la sede de las distintas empresas, singularmente en la de la recurrente (punto 2 de los Hechos Probados), que precisa como elementos de hecho, sin valoración alguna, la información obrante en la agenda del Director de Producción en obra civil de la recurrente. Esta información se refiere a las anotaciones realizadas el 16 de enero de 2009 por este directivo, y hace referencia a cuestiones como reparto de beneficios (60% y 40%) entre ejecutor de la obra y partícipes, "maquillaje" de las ofertas, pactos de precios en ofertas coordinadas para licitaciones públicas, o reglas de reparto de obras. Esta información coincide con la incautada al Director General de obra civil de la recurrente. A partir del 16 de febrero de 2009, se inician las reuniones con las otras empresas participantes, que se prolongan, sin solución de continuidad y que son objeto de detalle en la declaración de hechos probados a que hemos hecho mención, hasta la fecha fijada como de finalización del cártel.

No se trata pues de la información unilateral de un directivo de la recurrente, elemento que por sí solo puede ser suficiente como prueba de cargo si produce la convicción del Tribunal, sino que, además, está corroborado por las anotaciones incautadas a otros directivos de la recurrente o representantes de terceras empresas (Hecho Probado 3, y 4). La lectura de los hechos probados siguientes, pone de manifiesto la prolongación de esta forma de proceder de forma ininterrumpida hasta la finalización del cártel.

Los hechos descritos, que pueden ser calificados como pruebas directas, son valorados posteriormente en la misma resolución y de los mismos se infieren determinadas consecuencias, con un razonamiento del todo punto aceptable desde los parámetros del respeto del derecho de defensa.

Las alegaciones de la recurrente para desvirtuar estas pruebas no pueden ser acogidas, pues los hechos son expuestos de forma neutral sin perjuicio de su valoración posterior, y no es convincente la doble explicación que se nos ofrece, pues el hecho de que dichos documentos se elaboraran como una prueba preconstituida no deja de ser una mera afirmación carente de apoyo probatorio específico y contradicha por toda la documentación incautada a terceros, y, por otra parte, la solicitud de ayuda a otras empresas para realizar subcontratas, no implica ponerse de acuerdo para repartirse el mercado y fijar precios.

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. Subraya el Abogado del Estado, que la DI confirmó, mediante los correspondientes requerimientos debidamente identificados, que las ofertas presentadas por las empresas a los respectivos



clientes, coinciden con los precios y condiciones de pago acordadas en las reuniones a que se refieren los hechos probados 1 a 23.

QUINTO: La recurrente plantea como motivo autónomo de recurso, la violación de la ley concursal, al entender que, dada su acreditada circunstancia de insolvencia, la administración judicial debió ser llamada a los efectos de formalizar en términos de la legislación procesal civil, un litisconsorcio necesario.

Este motivo de recurso tampoco puede ser acogido, pues la relación procesal ha sido correctamente constituida entre la sociedad imputada y la CNC como órgano de vigilancia y represión de las conductas anticompetitivas, sin perjuicio de las consecuencias que la recurrente debe asumir y la administración concursal gestionar, en ejecución de una eventual sentencia condenatoria. Por otra parte, la recurrente estaba obligada a poner en conocimiento de la administración judicial la existencia de este proceso y corresponde a dicha administración actuar en consecuencia. Tal y como señala el Abogado del Estado, la recurrente confunde la notificación de la resolución sancionadora con la comunicación de créditos a la administración concursal.

SEXTO: También se invoca como motivo de recurso, la improcedente condena de la sociedad matriz del grupo a pesar de no haber sido imputada en la fase preliminar de instrucción. Esta cuestión, así planteada, no podría ser acogida, en la medida en que debería ser dicha sociedad matriz la obligada a reaccionar contra una medida de tal naturaleza, y no la sociedad filial que goza de personalidad jurídica distinta. No obstante, lo anterior, esta circunstancia tiene una importancia capital en lo que se refiere al cálculo de la multa, por lo que será con ocasión del tratamiento de esta circunstancia, en el FJ siguiente, cuando extraigamos las correspondientes consecuencias de este hecho.

SÉPTIMO: La recurrente invoca también, una serie de errores en la fijación de la cuantía de la sanción, que afectan a la motivación de la misma y en concreto a la determinación del grado de ejecución de los acuerdos, como factor de modulación de su importe.

En estas circunstancias, debe recordarse que esta Sala, en pronunciamientos anteriores, específicamente en la sentencia antes citada de 21 de mayo de 2013, se ha pronunciado al respecto aunque de forma más general. Decíamos que "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 (en este caso sería Burgos), 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 (Burgos, en este caso), durante el periodo febrero 2007-mayo 2008 en el que se desarrolló la conducta infractora (en este caso desde el 16 de febrero de 2009 hasta octubre del mismo año)".

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 los hechos ocurridos en la provincia de Burgos y al periodo que va desde el 16 de febrero 2009 hasta octubre del mismo año, 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, no solo la duración de la conducta antes reseñada, sino además el hecho de que la base del cálculo de la multa sólo puede ser el volumen de negocio de la empresa imputada y recurrente en este caso, Tebycon SAU, dejando al margen el volumen de negocio de la matriz, que por decisión de la propia CNC,



no fue imputada en el procedimiento administrativo y por tanto no ha podido acreditarse la posible existencia de una circunstancia que permita desvirtuar la presunción de control establecida por la jurisprudencia en las relaciones intragrupo.

No estima la Sala que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad, pues la falta de cuantificación del beneficio no puede identificarse con la falta de producción de efectos de la conducta en el mercado, que derivan de la propia aplicación de los acuerdos sancionados.

OCTAVO . 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 Séptimo 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 no cabe recurso de casación ordinario.

PUBLICACIÓN.

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