



Roj: **SAN 2335/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:2335**

Id Cendoj: **28079230062014100305**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **26/05/2014**

Nº de Recurso: **640/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a veintiseis de mayo 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 640/11, seguido a instancia de "Construcciones y Obras Llorente SA" (Collosa), y "Corporación Llorente Muñoz SL" (Corporación), representadas por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Rodríguez Nogueira, 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 "Vidal Ferrero SL", y "Aglomerados León SL" representadas por el Procurador de los Tribunales D. Alberto Hidalgo Martínez. El recurso versó sobre impugnación de Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), la cuantía se fijó en 238.094 €, 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 un grupo empresarial, cuya matriz es la Corporación Llorente Muñoz SL.

Su objeto social se centra en el área del la obra civil (infraestructuras, medio ambiente, y energía), la edificación no residencial (deportiva, docente y cultural, centros comerciales y de ocio, hoteles, oficinas, restauración de edificios, edificación industrial...) y la conservación de carreteras.

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 la Mesa de contratación de León, que estuvo operativa desde febrero de 2007 hasta el mes de abril de 2008.

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 lo que denomina "pretendientes", o empresas adjudicatarias, entre los que se encuentran las recurrentes (Hechos probados 23 a 31).

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:

-Construcciones y Obras Llorente SA (Collosa): 238.904 euros, de la que es responsable solidaria su matriz Corporación Llorente Muñoz 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. Irregular tramitación del expediente sancionador por parte de la CNC:

-Denegación injustificada de acceso al expediente, tanto a la que obra en el mismo expediente, como a la recabada en las inspecciones y no incorporada al expediente

-Denegación injustificada de la ampliación de los plazos para la presentación de alegaciones a la propuesta de resolución

-Denegación indebida de pruebas que se estiman imprescindibles para la correcta tramitación del expediente

-Declaración de responsabilidad solidaria de la matriz (Corporación), sin haberse incoado expediente contra ella y sin que se le haya notificado el pliego de concreción de hechos, ni la propuesta de resolución, ni la resolución sancionadora.

-Inaplicación en la resolución de la normativa más favorable para la recurrente

2. 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 la Competencias del País Vasco y 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- 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 indefensión, protegido constitucionalmente (artículo 24 CE y 51 LDC). Ello determina la nulidad de la Resolución impugnada (artículo 62.1 a) LRJAPAC.



-El Consejo realiza una alteración que perjudica a 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 y tipicidad (artículos 24 y 25 CE) al imputar y sancionar a las recurrentes sin pruebas suficientes, por su supuesta participación en el cártel descrito, en realidad inexistente.

5. Infracción del principio de presunción de inocencia (artículo 24 CE), por considerar la resolución responsable solidaria de las conductas de su filial a la empresa matriz del grupo, no habiendo intervenido en ninguno de los hechos que se les imputan y sin haber sido imputada.

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

6. 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

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 pero no formularon 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 20 de mayo 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:

Construcciones y Obras Llorente SA (Collosa): 238.904 euros, de la que es responsable solidaria su matriz Corporación Llorente Muñoz SL.

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: El primero de los temas planteados por las recurrentes es el relativo a lo que la misma denomina en su escrito de demanda "motivos de anulación por la irregular tramitación del expediente sancionador".

Respecto de la queja relativa a la denegación indebida de acceso al expediente, la recurrente sostiene, en esencia, que la propia resolución (Antecedente 27), reconoce esa limitación

A este respecto es necesario precisar que, incoado el expediente el 17 de diciembre de 2009, fue el 13 de octubre de 2010 cuando le fue notificado a las recurrentes el pliego de concreción de hechos o pliego de cargos, remitiéndose el Informe y la Propuesta de Resolución al Consejo de la CNC el 24 de enero de 2011, suspendiéndose el plazo máximo de resolución debido al informe de competencia solicitado por el Consejo de la CNC. El 9 de mayo de 2011 se acordó la práctica de prueba complementaria, acordándose el 20 de junio de 2011 conceder a las partes un plazo de 10 días para la valoración de dicha prueba. Con posterioridad, según indica el apartado 27 de los Antecedentes de la Resolución, se dio acceso al expediente a las partes que lo solicitaron, salvo a las valoraciones sobre dichas pruebas complementarias.

La cuestión que debe valorarse, se limita pues a determinar si la negativa de la Comisión de dar acceso, no a las pruebas complementarias, sino a la valoración de las mismas realizadas por las otras partes, es contraria al derecho de defensa invocado por la recurrente.

En primer lugar, debe subrayarse que la recurrente se limita a presentar esta queja, sin anudar efecto alguno a la misma y sin identificar de forma precisa y concreta el perjuicio que dicha omisión le causa, por lo que difícilmente podría apreciarse la relevancia constitucional de una eventual infracción que necesariamente debe calificarse como de puramente formal. Por otra parte, resulta procedente la cita de la Sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2012, Asunto T-343/06 , Shell, que en su apartado 84 señala que: "Según la jurisprudencia, sólo al inicio de la fase contradictoria administrativa se informa a la empresa afectada, mediante el pliego de cargos, de todos los elementos esenciales en los que se apoya la Comisión en esta fase del procedimiento. En consecuencia, la respuesta al pliego de cargos de las demás partes no está comprendida, en principio, en el conjunto de documentos del expediente de instrucción que las partes pueden consultar (sentencia del Tribunal de 30 de septiembre de 2009, Hoechst/Comisión, T-161/05 , Rec. p. II-3555, apartado 163). Sin embargo, si la Comisión se propone basarse en un pasaje de una respuesta a un pliego de cargos o en un documento adjuntado como anexo a dicha respuesta para acreditar la existencia de una infracción en el contexto de un procedimiento de aplicación del artículo 81 CE , apartado 1, debe darse a las demás partes implicadas en dicho procedimiento la oportunidad de pronunciarse sobre esta prueba (véanse las sentencias Cemento, citada en el apartado 77 *supra*, apartado 386, y Avebe/Comisión, citada en el apartado 32 *supra*, apartado 50, y la jurisprudencia citada). Lo mismo sucede cuando la Comisión se base en tal documento para demostrar el papel de instigadora o de responsable de alguna de las empresas involucradas".

Si bien es cierto, que en las cuestiones de orden procesal, el propio Reglamento 1/2003, concede un margen de actuación relevante a los Estados miembros para instrumentar la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE , lo cierto es que su examen desde los principios de efectividad y equivalencia, no puede dar lugar a una situación que haga ineficaz o entorpezca de forma sustancial, la implementación de estos dos preceptos. La justificación de esta limitación se encuentra justamente en la ponderación de razones de eficacia que permitan a la Comisión la tramitación de los expedientes dentro de los plazos perentorios a que está obligada y razones de protección de las garantías constitucionales de las empresas imputadas. En ese equilibrio, la solución que recoge la Sentencia reseñada se hace eco de una jurisprudencia muy estable y consolidada, que resulta práctica común en el Tribunal General. La misma, estimamos que resulta aplicable al presente caso, en el que no se ha omitido la comunicación de ningún documento incriminatorio o de descargo, sino únicamente la valoración que las partes han hecho de una prueba complementaria.

También critica la recurrente la denegación de acceso a la documentación recabada en las inspecciones y no incorporada al expediente. En este punto, la argumentación de la recurrente se centra en el arbitrario uso que de la información recabada en las inspecciones ha hecho la CNC, pues no le corresponde a ésta decidir unilateralmente, qué pruebas son de cargo y cuales de descargo.

Del mismo modo, en este punto resulta procedente la cita de la sentencia del Tribunal General antes reseñada, en la que, a este respecto, indica en su apartado 83 que: "Es preciso recordar que el acceso al expediente en los asuntos sobre competencia tiene por objeto, en particular, permitir a los destinatarios de un pliego de cargos conocer las pruebas que figuran en el expediente de la Comisión, a fin de que puedan pronunciarse adecuadamente sobre las conclusiones a las que ésta haya llegado en su pliego de cargos basándose en tales documentos. El acceso al expediente forma parte de las garantías del procedimiento destinadas a proteger el derecho de defensa y a asegurar, en particular, el ejercicio efectivo del derecho a ser oído (véase la sentencia del Tribunal General de 30 de septiembre de 2003, Atlantic Container Line y otros/Comisión, T-191/98 , T- 212/98 a T-214/98, Rec. p. II-3275, apartado 334, y la jurisprudencia citada). 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 (véanse, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de octubre de 2003, Corus UK/Comisión, C-199/99 P, Rec. p. I-11177, apartado 125, y la sentencia del Tribunal General de 29 de junio de 1995, Solvay/Comisión, T-30/91, Rec. p. II-1775, apartado 81). Ello incluye 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 Hoffmann-La Roche/Comisión, citada en el apartado 82 *supra*, apartados 9 y 11, y de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 36 *supra*, apartado 68)".

Desde esta perspectiva debemos concluir, según se desprende de las propias manifestaciones de la recurrente, que tuvo acceso a todos los documentos incorporados al expediente y que fueron empleados en la redacción de la resolución, salvo aquellos que la CNC declaró reservados. En estas circunstancias, no consta que la recurrente haya ejercitado su legítimo derecho a identificar los documentos clasificados como secretos que no han sido incorporados al expediente y que estima que pudieran ser empleados en su descargo. Para ello debió, como hemos señalado en nuestro Auto de 27 de marzo de 2014, recurso nº 90/13 -Mediaset, tras identificar el preciso documento, presentar una argumentación, construida sobre la base de indicios suficientemente razonables, que permita a este Tribunal concluir que efectivamente dicho documento debe comunicarse a la parte.

La recurrente no ha desplegado ninguna actividad en este sentido, limitándose a realizar afirmaciones genéricas, justificando el acceso a todos los documentos ante la eventualidad de poder encontrar, entre la información reservada, algún elemento de descargo, tesis que resulta inasumible para este Tribunal por las razones expuestas.

Por otra parte, como señala el Abogado del Estado, la explicación ofrecida en relación a la no incorporación al expediente que motiva estas actuaciones de determinadas informaciones, está perfectamente justificada, ya que, una vez que la DI estimó que dicha documentación, en realidad, podía justificar la existencia de un infracción distinta, procedió a incorporarla a otro expediente (S/226/10/, Licitaciones de carreteras).

En otro orden de consideraciones, la recurrente denuncia la denegación de la ampliación de un plazo solicitado para presentar alegaciones a la propuesta de resolución, queja que debe desestimarse en la misma línea argumental que acaba de exponerse. La recurrente no tiene un derecho incondicionado a la obtención de la ampliación de los plazos, por lo que deberá justificar las razones que le asisten para ello y contrastar esas alegaciones con la justificación de la denegación, y en esta sede, aportar elementos suficientes para lograr el convencimiento de este Tribunal de que dicha petición estaba justificada, y por el contrario, la denegación no se justificó debidamente y además le causó un concreto perjuicio. La recurrente no ha actuado en la forma descrita, limitándose nuevamente a expresar una queja genérica y vaga, por lo que no procede acoger sus reproches a la resolución recurrida por este motivo.

Por otra parte, la recurrente denuncia el indebido rechazo a la práctica de varias pruebas, que estima imprescindibles para la correcta tramitación del expediente. No obstante, expresamente reconoce que estas pruebas fueron solicitadas por empresas competidoras de la recurrente, en concreto Aglomerados León y Campezo. El sólo enunciado de este motivo de recurso, en los términos expuestos, conduce a su desestimación, pues en todo caso, quien habría visto lesionado su derecho a la prueba serían estas entidades y no la recurrente, que no las propuso.

También en este capítulo inicial, que se refiere a la eventual tramitación irregular del expediente, denuncia la recurrente la violación del derecho de defensa de la empresa matriz que resulta sancionada sin que el procedimiento se haya dirigido contra ella.

Esta afirmación de la recurrente no resiste un análisis de contraste con el examen del expediente administrativo. En efecto, figura al folio 5965 del mismo, la propuesta de resolución de la DI, en la que se recogen las menciones realizadas en el pliego de concreción de hechos. De forma más específica, debe señalarse que en el apartado 80 del mismo, figura la imputación de la recurrente y de su empresa matriz y una nota a pie de página, distinguida con el número 15, en la que se indica que el domicilio de la matriz fue facilitado por la filial a requerimiento de la DI, como se refleja en el folio 2580. Por otra parte, en el folio 6021, apartado 253, se reitera que la empresa filial forma parte de un grupo empresarial cuya empresa matriz es Corporación Llorente Muñoz SL tal y como figura referenciado en el folio 2580. Finalmente, en el folio 6133 figura el acuse de recibo de la notificación de la resolución referida, dirigida, ciertamente, a la empresa filial, pero exactamente en el mismo domicilio que la misma se designó como sede de la matriz, esto es, calle Aluminio 17, Valladolid 47012.



Además de la acreditación de estos datos, expresamente ignorados por la recurrente, debe añadirse que, en su demanda, admite que la sociedad matriz recibió las comunicaciones correspondientes al procedimiento administrativo, por vía de la filial.

En estas circunstancias, no puede aceptarse las tesis de la recurrente, pues el procedimiento se dirigió contra la filial y la matriz, y ésta recibió las comunicaciones de imputación. El hecho de que no recibiera una comunicación personal, directamente de la CNC, y que las notificaciones figuraran a nombre de la filial, en modo alguno pueden justificar una calificación de indefensión, pues ambas empresas tenían noticia de que el procedimiento se dirigía contra ellas y las notificaciones se practicaron en la sede de la matriz.

Por último, la demanda no desvirtúa la vinculación entre ambas empresas y la presunción de falta de autonomía de la filial para dirigir su política comercial de forma autónoma, respecto de la matriz, en los términos que se analizarán seguidamente.

Finalmente se alega que la resolución no aplicó la normativa más favorable para la recurrente. La recurrente centra su alegato en la circunstancia de que la Ley 16/1989, es mas beneficiosa en el trato que da a las relaciones entre la sociedad filial y la matriz, pues la redacción de los artículos 8 y 62,1 de las distintas Leyes de Competencia, difieren hasta el extremo de que con arreglo a la Ley de 1989, el TDC debía probar la falta de autonomía de la filial, mientras que la de 2007, da por supuesto este extremo.

Tampoco podemos acoger este motivo de recurso, pues no apreciamos la divergencia apuntada por la recurrente.

En primer lugar, la jurisprudencia del TS es clara al respecto, pudiendo citarse las SSTs de 30 de mayo de 2006, recurso de casación 7151/2003 , y de 17 de noviembre de 2010, recurso de casación 6188/2007 , que subrayan que las relaciones entre las empresas matriz y filial debe analizarse desde el concepto unitario de empresa ya que, con independencia de la personalidad jurídica de cada una de ellas, frente a las leyes antitrust operan como un todo unitario, sin poder obviarse las reglas de control interno existentes entre ellas que obliga a la filial a realizar las todas las comunicaciones relevantes a la matriz.

Por otra parte, tampoco la jurisprudencia europea abona las tesis de la recurrente, pues en realidad siempre el Tribunal de Justicia ha sostenido de modo inequívoco, que, en las relaciones entre empresa filial controlada al 100% por su matriz, existe una presunción en cuya virtud, se entiende que la filial no determina de forma autónoma su política comercial en el mercado. Esta presunción, como es lógico, admite prueba en contra, que la recurrente no ha logrado presentar.

Resulta también pertinente referirnos en este punto a nuestros antecedentes más inmediatos, y en este sentido puede citarse la doctrina expuesta en la SAN de 29 de mayo de 2013 , en la que se indica que: "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 estas circunstancias, debe desestimarse este motivo de impugnación.

TERCERO: A continuación, 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 las Comunidades de Castilla León y el País Vasco, 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 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 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.

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 motivo de recurso, sin que las específicas alegaciones de la recurrente (falta de conexión entre los tres mercados y actuación de la recurrente en los tres, reconocimiento implícito por la CNC de su falta de competencia al solicitar el informe a los órganos autonómicos y tramitación



errónea), hayan desvirtuado las consideraciones antes expuestas, aplicadas por esta Sala al conjunto de entidades recurrentes.

CUARTO : También plantea la recurrente la cuestión 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.

La queja de la recurrente en cuanto a la falta de competencia de la CNC, se completa con la argumentación de que la resolución fue firmada por Presidente Sr. Jose Ramón, el día 26 de octubre de 2011, a pesar de que había cesado en sus funciones, en virtud del RD 1421/2011, el día 14 anterior.

La propia recurrente nos da una explicación razonable y perfectamente admisible en derecho respecto de esta cuestión, cuando reconoce que la deliberación tuvo lugar el día 13, y que fue la firma, lo que tuvo lugar el día 26. Es decir, en el momento de la toma de decisión, el Sr. Jose Ramón presidía la CNC e intervino como tal en la toma de decisión de la resolución que es objeto del presente recurso, por lo que, no sólo podía firmar la resolución que se redacta dentro del plazo conferido al efecto en los días inmediatos posteriores, sino que estaba obligado a ello, razón por la que procede desestimar también este motivo de recurso.

QUINTO: En el capítulo denominado por la recurrente como motivos de impugnación de carácter sustantivo, invoca la violación del derecho a la presunción de inocencia, por la inexistencia de pruebas y la falta de acreditación de la recurrente en las conductas imputadas, con violación del principio de tipicidad.

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

SEXTO: 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, 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, en este caso la de León (Hechos probados 23 a 31). 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 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, así como la confesión de las otras empresas implicadas, o insistir en la falta de validez probatoria de los documentos elaborados por otras empresas de forma unilateral, o considerar necesaria la acreditación de 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 resulta llamativo el alto grado de coincidencia con su ejecución posterior, en términos que, si bien la recurrente no comparte, evidencian esa adecuación. 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.

En definitiva, y dado que el elemento probatorio más relevante empleado por la CNC para imponer la sanción recurrida se reduce a las tablas mecanografiadas encontradas en el sede social de las empresas del grupo Campezo, debemos centrar nuestro análisis en el examen de las mismas.

La resolución recurrida pone de manifiesto en su FJ 4, que las tablas de reparto de obras, de elaboración mensual desde febrero de 2007 hasta abril de 2008, presentan una sistemática coherente, distinguiendo la obra en cuestión, la empresa que va a realizarla, la cantidad de material a proveer y los "pretendientes" que se identifican con las empresas a las que se asigna cada obra, entre las que figura la recurrente.

En estas circunstancias, resulta particularmente relevante para este Tribunal, la falta de respuesta precisa por parte de la recurrente a la cuestión relativa a determinar cómo fue posible redactar las tablas de forma unilateral, y a pesar de ello, constatar un elevado porcentaje de acierto en las asignaciones a cada empresa, individualmente considerada, sin que la información empleada para realizar dichas proyecciones, esté a disposición del público. Por otra parte, como también se indica en la resolución (HP 30), el hecho de que se encontrara entre las tablas de reparto otras con mención a los precios de las MBC, coincidiendo las fechas de las reuniones de ambas, hace difícil la admisión de las tesis de la recurrente.

La recurrente no ofrece una explicación convincente a este respecto, pues sus alegaciones no se refieren a esta relevante cuestión, centrándose en otras consideraciones como la existencia de otras empresas en el mercado ajenas al cártel, lo que "per se" no excluye el interés de las empresas sancionadas en la colusión, o lo que califica, en contra de lo afirmado por la CNC, de elevado margen de error en las tablas, afirmación que se compadece mal con las afirmaciones de otros competidores que sostienen lo contrario (las distintas empresas admiten un grado de coincidencia que oscila entre un 38%, que reconoce la recurrente, y un 65%), crítica que, indica la resolución recurrida, no resta valor a las referidas tablas, pues la ejecución de los acuerdos puede introducir variaciones respecto de las previsiones iniciales. La proyección de las mismas cifras de forma agregada, podría introducir un elemento de duda, pero, se destaca las referencias son individualizadas para cada empresa.

Nuestra sentencia de 29 de mayo de 2013, recaída en el recurso nº 715/11 se pronuncia en términos similares, por lo que en la presente resolución asumimos lo dicho anteriormente.

No ha vulnerado la CNC el principio de interdicción de la arbitrariedad, también invocado por la recurrente, al no dispensar a la recurrente el mismo trato que a otras empresas que, aún habiendo participado en las reuniones de referencia, fueron exculpadas, pues la situación fáctica entre unas y otras no es idéntica, presupuesto indispensable para apreciar la violación denunciada. En concreto se indica en la resolución, que dichas empresas acreditaron de forma fehaciente haberse apartado del cártel (doctrina del alejamiento), mientras que dicha circunstancia no concurre en el caso de la recurrente.



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, 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.

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.