

**Id. Cendoj:** 28079230062013100213  
**Órgano:** Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
**Sede:** Madrid  
**Sección:** 6  
**Nº de Resolución:**  
**Fecha de Resolución:** 03/05/2013  
**Nº de Recurso:** 559/2011  
**Jurisdicción:** Contencioso  
**Ponente:** CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA  
**Procedimiento:** CONTENCIOSO  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

**Idioma:**

Español

---

**SENTENCIA**

Madrid, a tres de mayo de dos mil trece.

**Visto** el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Construcciones Públicas Coprisa, S.A.** , y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D<sup>a</sup> María Luisa Moya Otero, 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 a sanción siendo Codemandado **EXCAVACIONES Y TRANSPORTES ORSA, S.L.**, representado por el procurador D. ALBERTO HIDALGO MARTINEZ y la cuantía del presente recurso 250.465 euros.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO** : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Construcciones Públicas Coprisa, S.A., y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D<sup>a</sup> María Luisa Moya Otero, 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 veintitrés de abril de dos mil trece.

**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 250.465 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 enjuicamos 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... CONSTRUCCIONES PÚBLICAS COPRISA, S.A...*

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

*Construcciones Públicas COPRISA, S.A., una multa de 250.465 € (Doscientos cincuenta mil cuatrocientos sesenta y cinco euros)..."*

**TERCERO** : La recurrente centra los argumentos de su demanda en la falta de competencia de la CNC, inexistencia de hechos constitutivos de infracción que les sean imputables y desproporcionalidad de la sanción.

La cuestión relativa a la competencia de la CNC, la Resolución impugnada afirma:

*"La mayoría de las partes, CAMPEZO, VIDAL FERRERO, AGLOMERADOS LEÓN, GEHORSA, 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 del País Vasco*

*32. En el País Vasco el 15 de octubre de 2009 se inspecciono la sede del GRUPO CAMPEZO en la que se encontró la documentación a la que se hace referencia a continuación.*

*33. El primer documento con referencias a acuerdos para el reparto del mercado del asfalto y productos relacionados en el País Vasco es un correo electrónico de febrero de 2008 entre dos empleados de empresas pertenecientes al GRUPO CAMPEZO, en el que se indica lo siguiente (folio 616 y 617):*

*"(...)Visto lo agresivo que se está mostrando Pedro de Orsa, y que está incumpliendo los acuerdos a los que se habían llegado en cuanto al reparto de las grandes obras, nos podemos encontrar con la planta puesta y atados de pies y manos por el precio del árido (...)"*

*34. El acuerdo para el reparto del mercado del asfalto, del suelo estabilizado y del suelo cemento entre las empresas consta en un documento manuscrito y en un cuadro de fecha 15 de mayo de 2008 (folios 272 y 274). El texto manuscrito dice:*

*"Líneas Generales Asfalto:*

*1º- Acuerdo Marco Grandes Obras en Asfalto, Suelo Cemento y Suelo Estabilizado.*

*2º- Transparencia acuerdos con clientes (Acuerdos especiales), tratando en lo que se pueda, y retomando las zonas en perjuicio del cliente, con lo cual los precios se verían mejorados.*

*Para estos dos puntos, la confianza y la colaboración debe ser total."*

*35. En el expediente constan además unas serie de tablas de distintas fechas en las que para una serie de obras se detallaban las toneladas correspondientes de asfalto, los metros cuadrados de suelo estabilizado y cúbicos de cemento y la empresa de la Mesa del País Vasco a la que se le adjudicaba cada uno de estos productos (folios 274 a 283)...*

*En función de esta información la DI imputo a GUIPASA, COPRISA, ORSA, MARIEZCURRENA Y URRETXU. En cuadro se recoge un listado que resume las obras objeto de acuerdo entre las empresas participantes en el cártel de la Mesa del País Vasco...*

*36. Como se aprecia en algunos casos, la referencia a las empresas participantes se llevaba a cabo a través de códigos anotados al margen de estas tablas. Por ejemplo (folio 275):*

*- "(1) G*

*- (2) Ur*

*- (3) Mar*

*- (4) O".*

37. Esta numeración no incluía a COPRISA que, sin embargo, sí aparece en las tablas y cuyas toneladas totales adjudicadas corresponden a las anotadas con la referencia (3). Se recuerda que según la información aportada por GRUPO CAMPEZO y ORSA -ambas participantes en esta Mesa del País Vasco-, las citadas empresas se reparten al 50% el capital social de COPRISA, por lo que la participación en el cártel de COPRISA viene determinado, precisamente, por la propia participación en el cártel tanto de GRUPO CAMPEZO como de ORSA, como se confirma en las anotaciones recabadas en el GRUPO CAMPEZO en relación con cuestiones debatidas en el Consejo de Administración de COPRISA, como se analiza más adelante.

38. En el folio 271, notas manuscritas con el título "obras pendientes ya acordadas", obtenidas en el despacho del Director General de CAMPEZO CONSTRUCCIÓN y que reflejan las toneladas de MBC que le corresponden a las empresas participantes en el cártel en cada obra, el porcentaje que dichas toneladas suponen sobre el total y si incluyen o no además el suelo cemento, aparece el reparto de obras entre ORSA, GUIPASA, COPRISA Y URRETXU, que por tanto fueron incoadas por la DI...

40. Además de las tablas o cuadros ya relacionados constan en el expediente una serie de correos electrónicos entre empleados de empresas del GRUPO CAMPEZO en los que queda reflejado la existencia de acuerdos por la mención a incumplimientos puntuales. Se transcriben a continuación el correo de 11 de mayo de 2009, asunto COPRISA remitido por el Gerente de GUIPASA al Director General de CAMPEZO CONSTRUCCIÓN, (folio 866):

"Hola XX:

He detectado que Coprisa está mandando presupuestos a clientes nuestros antes de que el cliente les pida y con unos precios de aproximadamente un 8-10% por debajo de los que estoy pasando yo.

El primer caso lo detecté con la obra de Sukia Sempere. Me llamó (...) comentándome que Coprisa había pasado la oferta sin pedírsela y me enseñó la oferta. Le tuve que ajustar los precios a dicha oferta para que me adjudicara la obra.

Ahora ha pasado con Galdiano. Me llamó (...) para que le ajustara la oferta de Izaskun, pues tenía la de estudio. Se la ajusto y me dice que Coprisa está mucho más barato. La oferta de Coprisa es de antes de hablar de esa obra en la reunión. Voy a hablar con XX en persona y me 40. Además de las tablas o cuadros ya relacionados constan en el expediente una serie de correos electrónicos entre empleados de empresas del GRUPO CAMPEZO en los que queda reflejado la existencia de acuerdos por la mención a incumplimientos puntuales. Se transcriben a continuación el correo de 11 de mayo de 2009, asunto COPRISA remitido por el Gerente de GUIPASA al Director General de CAMPEZO CONSTRUCCIÓN, (folio 866):

"Hola XX:

He detectado que Coprisa está mandando presupuestos a clientes nuestros antes de que el cliente les pida y con unos precios de aproximadamente un 8-10% por debajo de los que estoy pasando yo.

El primer caso lo detecté con la obra de Sukia Sempere. Me llamó (...) comentándome que Coprisa había pasado la oferta sin pedírsela y me enseñó la oferta. Le tuve que

*ajustar los precios a dicha oferta para que me adjudicara la obra..."*

*44. En anotaciones del Director general de CAMPEZO CONSTRUCCIÓN (folio 270) consta el cálculo periódico de las toneladas de MBC que cada empresa del cártel producía para establecer el cupo o cuota de cada una de ellas y el consecuente seguimiento sobre el reparto del mercado acordado:*

*"2007: ... Coprisa: 61.454 - 13'26%; 2008:... Coprisa: 95.780 - 20'37%; JULIO 2008: Coprisa: 43.991- 16'68%; JULIO 2009: Coprisa: 63.158- 18'63%.*

**QUINTO** : Se afirma por la actora que no aparece en el cuadro del apartado 34 "Obras de la Mesa del País Vasco", que son las obras acreditadas en dicha mesa y que, por ello, al no participar en la conducta infractora, la cita de su nombre en documentos elaborados por terceros no implica que reflejen hechos ciertos.

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."*

De esta descripción resulta que la participación en el cartel exigía el reparto de obras a ejecutar, por tanto, si la recurrente no se encuentra incluida en la tabla de obras adjudicadas en la mesa del País Vasco, no puede incluirse en el cártel, ya que no ha participado en él, en la mediada en que no se incluye en el reparto de obras a ejecutar, según los hechos que la propia CNC declara probados.

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 1997421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998741 ) y 28 de enero de 1999 (RJ 199974). 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 " *Esta numeración no incluía a COPRISA que, sin embargo, sí aparece en las tablas y cuyas toneladas totales adjudicadas corresponden a las anotadas con la referencia (3). Se recuerda que según la información aportada por GRUPO CAMPEZO y ORSA -ambas participantes en esta Mesa del País Vasco-, las citadas empresas se reparten al 50% el capital social de COPRISA, por lo que la participación en el cártel de COPRISA viene determinado, precisamente, por la propia participación en el cártel tanto de GRUPO CAMPEZO*" no puede ser calificado de indiciario. En primer lugar porque, como hemos señalado, la CNC no ha acreditado la participación de la actora en la Mesa del País Vasco - única que se le atribuye -, en segundo lugar, las referencias a la misma en documentos carece de relevancia desde el momento en que no se demuestra su participación en la adjudicación de las obras en cuanto es un elemento esencial del funcionamiento del cártel, y, en tercer lugar porque la sola integración en un grupo de sociedades no implica la participación de todas ellas en el comportamiento de alguna o algunas.

Respecto de este último extremo, debe precisarse, que si bien los grupos empresariales se caracterizan por la unidad de decisión, y ello limita los efectos de la personalidad jurídica de cada empresa del grupo, no lo es menos, que tal unidad de decisión se manifiesta en cada supuesto concreto mediante uno o varios instrumentos societarios, lo que implica que la decisión no puede ser atribuida a todas las empresas del grupo, sino solo a aquellas que hayan ejecutado la decisión.

En este caso, la decisión que se examina es la participación en un cártel, y de ella han de responder las sociedades del grupo que efectivamente hayan ejecutado la decisión de participar en él. Y, desde este punto de vista, no existe prueba de que la entidad recurrente haya tomado parte ni en los acuerdos ni en la ejecución de las obras afectadas por el cártel.

De hecho, en los hechos probados por la CNC se recoge una circunstancia que pone de manifiesto la falta de participación de la actora en el cártel " *He detectado que Coprisa está mandando presupuestos a clientes nuestros antes de que el cliente les pida y con unos precios de aproximadamente un 8-10% por debajo de los que estoy pasando yo.*"

En conclusión, la CNC no ha acreditado que la entidad actora haya participado en las operaciones del cártel, sin que sea suficiente su pertenencia a un grupo empresarial implicado en el mismo, para atribuirle a dicha entidad participación en el mismo.

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

Toda vez que se ha estimado el recurso, procede imposición de costas a la demandada 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** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **Construcciones Públicas Coprisa, S.A.** , y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D<sup>a</sup> María Luisa Moya Otero, 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 infracción atribuida a la recurrente, y en consecuencia **debemos anularla** y la **anulamos** , en el extremo citado, sin expresa imposición de costas.

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.