

Id. Cendoj: 28079230062013100278
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 29/05/2013
Nº de Recurso: 715/2011
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Expediente sancionador por incumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia.

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a veintinueve de mayo de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo núm. 715/2011 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **AGLOMERADOS DE LEON S.L. y FIRMES Y CAMINOS S.A** . representada por el Procurador Sr. Hidalgo Martínez frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 26 de octubre de 2011, relativa a **expediente sancionador por incumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia** , con una cuantía de 479.446 euros. Siendo Ponente la Magistrado **D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO** .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO -. La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 27 de diciembre de 2011. Por Decreto del Sr. Secretario se acordó tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO -. En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito de 8 de noviembre de 2012 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, termino suplicando se dicte sentencia por la que se estime el recurso y se declare nula o subsidiariamente se anule la resolución impugnada. Subsidiariamente, anule parcialmente la misma y reduzca la multa, ordene la publicación de las tenencia y una

nota de prensa relativa a la misma en el sitio web de la CNC para reparar el daño reputacional infligido a las recurrentes.

TERCERO -. El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

CUARTO -. La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, y la parte actora presentó escrito el día 12 de febrero de 2013 renunciando a la proposición de prueba por entender que a la vista de la contestación del Abogado del Estado la cuestión quedaba reducida al debate jurídico.

Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO -. La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 21 de mayo de 2013 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO - Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por la Comisión Nacional de la Competencia el día 26 de octubre de 2011 en el expediente sancionador S/0192/09, ASFALTOS, incoado por la Dirección de Investigación de la CNC por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

La resolución tiene la siguiente parte dispositiva:

"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 AGLOMERADOS LEÓN, S.L.; ASFALTOS VIDAL FERRERO, S.L.; COMPAÑÍA GENERAL DE HORMIGONES Y ASFALTOS, S.A. GEHORSA); CONSTRUCCIONES PÚBLICAS COPRISA, S.A.; CONSTRUCCIONES Y OBRAS LLORENTE, S.A. (COLLOSA); EXCAVACIONES Y TRANSPORTES ORSA, S.L.; TEBYCON, S.A., TECNOLOGÍA DE LA CONSTRUCCIÓN, S.A. (TECONSA); GUIPASA, S.A.; CAMPEZO ASFALTOS DE CASTILLA Y LEÓN, S.L.U. (anteriormente denominada OSCAL OBRAS Y SERVICIOS, S.L.); CAMPEZO CONSTRUCCIÓN S.A.U., y CONALVI, S.L.

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

- AGLOMERADOS LEÓN, S.L. una multa de 479.446 € (Cuatrocientos setenta y nueve mil cuatrocientos cuarenta y seis euros), de la que es responsable solidaria su matriz Firmes y Caminos, S.A.

....."

SEGUNDO -. Los antecedentes de hecho de la resolución impugnada, tal y como

recogidos por la misma y en lo que a la recurrente afecta, son los siguientes:

"A) LAS PARTES EN EL EXPEDIENTE.- Se recoge a continuación la descripción que hace el IPR de las quince empresas incoadas en este expediente:

1. AGLOMERADOS LEÓN, S.L., (en adelante, AGLOMERADOS LEÓN), es una empresa con domicilio social en la Avenida Lancia, nº 26 bis 24004-León, dedicada a la construcción de obra pública, aglomerados asfálticos en caliente y en frío y pavimentos asfálticos, cuyo capital social corresponde al 100% a la empresa Firms y Caminos, S.A. "

Se define como mercado de producto el correspondiente a los asfaltos o MBC empleados en la pavimentación de los firmes de carreteras y calzadas de vías urbanas. Se hace notar que la Comisión Europea ha considerado que *"los asfaltos presentan las características de un mercado diferenciado atendiendo a las diferencias en coste, apariencia y durabilidad, concluyendo que la sustituibilidad desde el punto de vista de la demanda es muy limitada con productos como el hormigón, el adoquinado o el asfalto reciclado, constituyendo el asfalto en sí un mercado de producto diferenciado."*

En cuanto al mercado geográfico se señala que ha de considerarse de ámbito provincial con isócronas alrededor de la planta de producción, en atención al elevado impacto del transporte sobre el coste del producto. Y que al estar implicadas empresas que se dedican a estas actividades con presencia en ámbitos supraautonómicos el cártel tiene implantación en varias Comunidades Autónomas vecinas, al menos Castilla y León y el País Vasco.

La demanda viene caracterizada por dos tipos de clientes, los ocasionales, que compran pequeñas cantidades en la fábrica, y los grandes clientes, a través de licitaciones públicas o privadas o a través de subcontratos.

TERCERO-. Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue:

- . Vulneración del derecho de defensa. Por cinco aspectos concretos:

a) el derecho a la correcta notificación del acto de iniciación del procedimiento sancionador y a la intervención en el procedimiento administrativo sancionador,

b) el derecho de acceso a un expediente completo,

c) el derecho a la prueba,

d) el derecho a estar informado de la acusación,

e) el derecho a la presunción de inocencia.

- . Vulneración del procedimiento previsto en la ley 1/2002 por error en la solicitud del informe preceptivo de las autoridades autonómicas, error de tramitación ante el planteamiento de cuestión de competencia por parte del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia.

- . Nulidad de la resolución impugnada por vulneración del art. 51 LDC .

- . Con carácter subsidiario, error en la determinación de la extensión temporal de la responsabilidad del infractor y consiguiente error en la individualización de la sanción a las circunstancias concretas que determinan dicha responsabilidad.

CUARTO -. La actora alega que ha tenido lugar la vulneración del procedimiento previsto en la ley 1/2002 por error en la solicitud del informe preceptivo de las autoridades autonómicas, y por error de tramitación ante el planteamiento de cuestión de competencia por parte del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia.

La cuestión relativa a la jurisdicción de la CNC en este expediente fue ya suscitada en vía administrativa, y resuelta expresamente por la resolución impugnada.

En el expediente se analiza la conducta que tiene lugar en lo que es calificado por la Dirección de Investigación de la CNC como tres cárteles, uno acordado en Burgos, otro acordado en León y un tercero acordado en el País Vasco. Resulta en consecuencia que dos tuvieron lugar en el territorio de Castilla-León y uno en el de País Vasco.

El artículo 1 de la Ley 1/2002 de 21 de febrero de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia establece:

"Artículo 1 Puntos de conexión

1. Corresponderá al Estado el ejercicio de las competencias reconocidas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, respecto de los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1, 6 y 7 de la mencionada Ley, cuando las citadas conductas alteren o puedan alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional, aun cuando el ejercicio de tales competencias haya de realizarse en el territorio de cualquiera de las Comunidades Autónomas.

3. Corresponderá a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia el ejercicio en su territorio de las competencias reconocidas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, respecto de los procedimientos que tengan por objeto las conductas previstas en los artículos 1, 6 y 7 de la mencionada Ley, cuando las citadas conductas, sin afectar a un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma o al conjunto del mercado nacional, alteren o puedan alterar la libre competencia en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma."

Como resulta del expediente, la CNC solicitó informe al Tribunal de Defensa de la Competencia de Castilla y León y al Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia, al amparo del art. 5 LDC :

"La Comisión Nacional de la Competencia, en el ejercicio de las funciones que le son propias, recabará del órgano autonómico informe preceptivo, no vinculante, a emitir en el plazo de veinte días, en relación con aquellas conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley de Defensa de la Competencia o los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea que, afectando a un ámbito supraautonómico o al conjunto del mercado nacional, incidan de forma significativa en el territorio de la respectiva Comunidad Autónoma.

Para ello, la Comisión Nacional de la Competencia remitirá al órgano autonómico de la respectiva Comunidad Autónoma copia del pliego de concreción de hechos y, en su

caso, de la denuncia y de los documentos y pruebas practicadas que consten en el expediente, indicándose este hecho en la notificación a los interesados del citado pliego.

La Comisión Nacional de la Competencia comunicará al órgano autonómico de la respectiva Comunidad Autónoma los acuerdos y resoluciones adoptados, tanto en la fase de instrucción como de resolución, que pongan fin al procedimiento, respecto de estas conductas."

El TDCC y L en escrito de fecha 7 de junio de 2001 señala que la conducta excede el ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y que no le es posible valorar lo significativo de la incidencia en la Comunidad.

Por su parte el TVDC en escritos de 4 de mayo y 6 de junio de 2011, plantea al Consejo la cuestión de competencia del expediente S/0192/09 Asfaltos. Al planteamiento del TVDC dio respuesta la CNC el día 16 de junio de 2011, señalando que se consideraba competente para la resolución del correspondiente expediente en aplicación de lo dispuesto en el art. 1 de la Ley 1/2002 .

En este supuesto, no se trata de que la Comunidad Autónoma del País Vasco notificara al Servicio de Defensa de la Competencia una denuncia, ni de que mantuviese su competencia sobre la misma, pero en todo caso, el art. 2 de la ley 1/2002 establece que *"se podrá iniciar el procedimiento por el órgano estatal o autonómico que se considere competente."*

Resulta en consecuencia que no es obligatoria la iniciación del procedimiento, y en este caso concreto, correspondería el planteamiento al TVDC el cual no tomó dicha iniciativa.

Por otra parte, como recoge la resolución impugnada, si bien no todas las empresas estuvieron presentes en los tres cárteles, algunas al menos presuntamente si participaron en las reuniones que tuvieron lugar en relación con contratos a realizar en los territorios de las dos Comunidades Autónomas, y las características de la conducta aconsejan la investigación por un único órgano, que por mor de lo dispuesto en el art. 1 de la Ley 1/2002 es la Comisión Nacional de la Competencia.

QUINTO -. La recurrente sostiene que la resolución impugnada es nula de pleno derecho por no haberse dirigido el procedimiento administrativo sancionado contra FIRMES Y CAMINOS y por tanto no haber sido parte en el mismo, con infracción de todos los derechos y garantías del presunto responsable.

La resolución impugnada en el fundamento jurídico sexto aclara el por qué considera responsable a AGLOMERADOS LEON S.L. y solidariamente a su matriz FIRMES y CAMINOS S.A. desde el mes de febrero de 2007: porque el artículo 61.2 de la LDC ha previsto que, *" A los efectos de la aplicación de la LDC, la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas "*. Y añade la CNC: *" Conforme a la reiterada doctrina cuando una sociedad matriz tiene una participación del 100% del capital social de su filial, existe una presunción de que esa sociedad matriz ejerce una influencia decisiva en el comportamiento de su filial, y de no ser así debe ser la parte quien de forma fehaciente acredite que no existe dicho control. Ninguna de las imputadas lo ha hecho. "*

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

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

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

Alega a continuación la recurrente que ha tenido lugar la vulneración del derecho de defensa en su vertiente de derecho de acceso a un expediente completo, y ello porque habría tenido lugar la "denegación encubierta de acceso a los documentos y pruebas de los que la CNC tuvo conocimiento durante la instrucción del procedimiento y los cuales no fueron incorporados al expediente" (ni tan siquiera como pieza confidencial del mismo).

Tales documentos serían:

1-. La DI habría mantenido contactos con el denunciante en el curso de los cuales se habría producido un intercambio de comunicaciones e información, que no han sido incorporadas al expediente más que parcialmente.

2-. La DI recabó un gran número de información durante una inspección domiciliaria que no dio a conocer a la actora y que procedió a devolver sin enseñarsela a la recurrente.

La recurrente cita en apoyo de su tesis la sentencia de 25 de octubre de 2011 dictada por el TJUE en el asunto Solvay- Comisión .

En dicha sentencia se estableció:

" El respeto del derecho de defensa en un procedimiento tramitado ante la Comisión con el objeto de imponer una multa a una empresa por infringir las normas de defensa de la competencia exige que la empresa interesada haya podido exponer de modo útil su punto de vista sobre la realidad y la pertinencia de los hechos y las circunstancias alegados y sobre los documentos que la Comisión tuvo en cuenta para fundamentar su alegación de la existencia de una infracción al Tratado (sentencia Aalborg Portland y

otros/Comisión, antes citada, apartado 66). El artículo 41, apartado 2, letras a) y b), de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea concreta el contenido de este derecho.

54 Tal como recordó acertadamente el Tribunal General en el apartado 405 de la sentencia recurrida, el derecho de acceso al expediente implica que la Comisión debe dar a la empresa afectada la posibilidad de examinar todos los documentos incluidos en el expediente de la instrucción que puedan ser pertinentes para su defensa. Estos documentos comprenden tanto las pruebas de cargo como las de descargo, con excepción de los secretos comerciales de otras empresas, de los documentos internos de la Comisión y de otras informaciones confidenciales (sentencias, antes citadas, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, apartado 315, y Aalborg Portland y otros/Comisión, apartado 68).

55 La vulneración del derecho de acceso al expediente durante el procedimiento previo a la adopción de la Decisión puede dar lugar, en principio, a la anulación de dicha Decisión cuando se haya vulnerado el derecho de defensa (sentencia Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, antes citada, apartado 317).

56 En tal supuesto, la violación producida no queda subsanada por el mero hecho de que el acceso haya sido posible durante el procedimiento jurisdiccional (sentencia Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, antes citada, apartado 318). En efecto, al limitarse a un control jurisdiccional de los motivos invocados, el examen del Tribunal General no tiene por objeto ni por efecto reemplazar la instrucción completa del asunto en el marco de un procedimiento administrativo. Por otra parte, el conocimiento tardío de determinados documentos del expediente no coloca a la empresa que ha interpuesto un recurso contra una decisión de la Comisión en la situación en la que se habría encontrado si hubiera podido basarse en esos mismos documentos para presentar sus observaciones escritas y orales ante dicha institución (véase la sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 103 y jurisprudencia citada).

57 Cuando el acceso al expediente, y más concretamente a las pruebas de descargo, se obtiene en la fase del procedimiento judicial, la empresa de que se trate no debe demostrar que, si hubiera tenido acceso a los documentos no comunicados, la decisión de la Comisión habría tenido un contenido diferente, sino únicamente que dichos documentos hubieran resultado útiles para su defensa (sentencias de 2 de octubre de 2003 , Corus UK/Comisión, C-199/99 P, Rec. p. I-11177, apartado 128; Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, antes citada, apartado 318, y Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 131).

..... "

En aquel supuesto se había producido el extravío de determinados subexpedientes, y no había tenido acceso la empresa a datos relativos a las cuotas de mercado. El TJUE consideró erróneo que el TGUE impusiera a la empresa el deber de precisar los argumentos que hubiera podido invocar en caso de haber tenido a su disposición dichos expedientes que no pudo consultar.

La situación en autos es radicalmente diferente: no ha tenido acceso la actora a documentos que no forman ni han formado parte del expediente, que no han sido tenidos en cuenta para establecer los hechos que la CNC considera constitutivos de la infracción, y respecto de los cuales no existe indicio alguno que permita suponer que

contienen elementos exculpatorios. El propio TJUE recuerda en esta sentencia que "*una vulneración del derecho de defensa debe ser examinada en función de las circunstancias específicas de cada caso concreto (apartado 66).*"

Si entonces la Comisión Europea no facilitó a la demandante todos los documentos que figuraban en su expediente y en particular las pruebas de descargo, en este caso, la actora dice que no le cabe duda de que la CNC obtuvo del denunciante información que motivó la apertura de información reservada, que a su vez motivó la apertura del expediente, y que "*incluso las comunicaciones con el denunciante destinadas a preparar una denuncia -muy parca en cuanto a motivos- pueden contener elementos de descargo o elementos que sirvan para valorar, por ejemplo, la credibilidad del denunciante*".

El derecho de acceso lo es al expediente, y los documentos a los que hace referencia la actora no forman parte del expediente; la empresa interesada ha podido exponer de modo útil su punto de vista sobre la realidad y la pertinencia de los hechos y las circunstancias alegados y sobre los documentos que la CNC tuvo en cuenta para fundamentar su resolución. La CNC dio a la recurrente acceso a todos los documentos incluidos en el expediente excepto los relativos a secretos comerciales de las empresas y otros documentos declarados confidenciales por contener datos pertenecientes a la actividad económica de los competidores.

Debe en consecuencia desestimarse este motivo de recurso.

SEXTO- . La actora denuncia a continuación la incorrecta práctica de las pruebas admitidas, lo que habría resultado en una violación de su derecho de defensa.

En concreto considera que fue aceptada una prueba que exigía requerir información respecto de 106 obras y que la CNC solo la pidió a las empresas respecto de 88 obras. Considera que esto equivale a una denegación de prueba carente de motivación, lo que la sitúa en "*una situación de indefensión absoluta e inadmisibile*".

En las paginas 6.406 y siguientes del expediente, figura el escrito que recoge las alegaciones de la ahora actora a la propuesta de resolución, que según el escrito de demanda contiene la referida solicitud de practica de prueba. De su lectura resulta que se propone literalmente como sigue:

"librar oficio a las empresas constructoras que según las tablas en las que la Dirección de Investigación funda su imputación contra mi representada han sido adjudicatarias de obras para que digan si en las citadas obras solicitaron varias ofertas a productores de asfaltos y en su caso aporten los documentos que así lo acrediten así como para que digan si es práctica habitual en el sector solicitar varias ofertas a productores de asfaltos...".

En el folio 6427 aparece escrito señalando que en la proposición de esta prueba se cometió un error y que debe incluirse la referencia "*según las mismas tablas fueron asignadas a Aglomerados León*".

En la tabla que figura en el folio 5996 que la DI transcribe "*a modo de ejemplo*" aparecen 47 obras, y empresas repetidas.

Las tablas aportadas por el Sr.

Dimas aparecen posteriormente.

Lo que el Consejo acordó y aparece en el folio 7117 del expediente fue literalmente:

" librar oficio a las empresas constructoras que según las tablas en las que la DI funda su imputación han sido adjudicatarias de obras, que digan si solicitaron varias ofertas a productores de asfaltos y que aporten documentos que lo acrediten ".

Resulta en consecuencia que a juicio de esta Sala la prueba se practicó correctamente, pues se solicitó información de las empresas que aparecían en las tablas en las que la DI fundaba su imputación, y esto fue lo que se llevó a cabo. No se aprecia que se solicitara ni se acordara en relación con una concreta cifra de empresas, o con cita de un determinado Anexo, considerando esta Sala que la CNC acudió a un número significativo de empresas que permite considerar que la prueba se practicó de conformidad con lo que se había solicitado y acordado.

Se alega a continuación la violación del derecho a ser informado de la acusación, porque entiende la actora que se ha violado su derecho a la inalterabilidad de los hechos esenciales pues fue acusado de tres cárteles por la DI y condenado por un solo cártel por el Consejo de la CNC.

El art. 51.4 LDC establece:

"4. Cuando el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido calificada debidamente en la propuesta de la Dirección de Investigación, someterá la nueva calificación a los interesados y a ésta para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas." .

El Tribunal Supremo, en las sentencias de 14 de febrero de 2.007 analizando el artículo 43 LDC consideró que como no se modificaron los hechos, ni la calificación jurídica de los mismos como una infracción del artículo 1 LDC , la resolución impugnada era conforme a derecho. En este caso, las conductas específicas respecto de las cuales se formuló la acusación son exactamente las mismas, y no hay una nueva calificación, sino una reconsideración de que no son constitutivas de tres infracciones sino de una sola infracción continuada.

Aun cuando pudiera entenderse que ha habido una recalificación, ello no determinaría en ningún caso la anulación de la resolución recurrida dado que no se ha producido una alteración de los elementos fácticos contenidos en el pliego de cargos sino una distinta valoración jurídica de los mismos. Los hechos han permanecido inalterables y se basan en las mismas pruebas. Este cambio de calificación jurídica sin alterar los hechos contenidos en el pliego de cargos puede ser realizado por el Consejo, al estar previsto en el artículo 51.4 de la LDC siempre que se de audiencia al interesado. En este caso no se ha dado audiencia al interesado, pero no razona el recurrente por qué se le ha causado indefensión, y en la sentencia de 30 de enero de 2012 el Alto Tribunal señaló:

"En efecto, en síntesis, la argumentación de la parte implica que la imputación formal efectuada por el Servicio de Defensa de la Competencia resultaría intangible para el Tribunal de Defensa de la Competencia en cuanto a los concretos hechos constitutivos de la infracción -en el caso, para el Servicio, precios excesivos en dos centrales, uno por central-, de tal forma que sólo sería posible modificar la imputación en cuanto al tipo sancionador aplicable -que en el presente supuesto no ha sido alterado, pues en ambos casos ha sido el de abuso de posición dominante-, pero no en lo que respecta a

tales hechos, con independencia del conjunto de hechos y conductas sobre los que hubiera versado el expediente sancionador. Sin embargo, ni la concreta regulación legal del procedimiento sancionador en la Ley de Defensa de la Competencia ni los principios constitucionales relativos al principio acusatorio y al derecho de defensa avalan una concepción tan extremadamente formalista del procedimiento administrativo sancionador."

Procede en consecuencia la desestimación de este motivo de recurso.

SEPTIMO- . La actora considera que se ha vulnerado su derecho a la presunción de inocencia porque la prueba indiciaria no es mínima ni suficiente. Y no lo es, a su juicio, para la apreciación de la existencia de un cártel en León en el que habría participado la actora, ni para la apreciación de la existencia de participación en la infracción continuada.

Antes de continuar con el examen de este motivo de recurso la Sala debe examinar si es correcta la calificación de las conductas enjuiciadas como una única conducta continuada que afecta a las tres provincias, o si por el contrario se trata, como propuso la DI, de tres cárteles distintos, uno por cada provincia, cuestión que no es irrelevante dadas las consecuencias que tal calificación jurídica de los hechos tiene en la determinación de la responsabilidad del recurrente y principalmente en la determinación del importe de la sanción de multa.

En la propuesta de resolución de la Dirección de Investigación, se razona que:

" consta la existencia de tres cárteles diferenciados correspondientes a las Mesas de Burgos León y del País Vasco, formado por diferentes empresas -aunque en las distintas mesas ha participado el Grupo Campezo y/o alguna empresa perteneciente a dicho Grupo- del sector de los asfaltos o Mezclas Bituminosas en Caliente (MBC) y productos relacionados en el que las empresas participantes en cada uno de estos cárteles se han repartido las obras ofertadas en dichos territorios, mediante la fijación de los precios a los que debía ofertar las empresas del cártel a los clientes, lo que ha conllevado en algunos casos el control de la implantación de las plantas asfálticas en función de la zona de influencia de cada empresa del cártel en dichos territorios y en zonas limítrofes, lo que constituye un acuerdo contrario al artículo 1 de la ley 16/1989 y del artículo 1 de la vigente LDC por suponer una toma de contacto directa entre competidores para desvelar las conductas a adoptar y modificarlas en beneficio de los miembros del cártel, como ha quedado acreditado en el apartado anterior de este PCH".

Por su parte la resolución impugnada señala literalmente:

"El funcionamiento del cártel más arriba descrito de forma esquemática se repite en las tres mesas geográficas como puede apreciarse en los hechos acreditados, de forma que las empresas imputadas están en contacto, intercambian información y sobre la base de dicha información hacen un reparto prospectivo de las posibles solicitudes o peticiones de oferta que van a recibir para la ejecución de las obras, en general de carácter público, a realizar en la zona por las empresas constructoras.

Por tanto la sistemática es la misma, atribución entre ellas de las obras que prevén que van a ser licitadas o que ya lo han sido por las Administraciones Públicas, y que van a ser realizadas por las constructoras que han ganado la licitación pública, o por las subcontratas de dichas constructoras, de forma que cuando cada una de las

empresas de asfalto reciba la solicitud de ofertas por parte de dichas constructoras, sabrá el precio al que debe ofertar para no competir entre sí y que se cumpla lo acordado y se lleve el contrato la empresa previamente designada.

Ahora bien, dadas las características del producto, las MBC, que deben extenderse en caliente y que por tanto el radio de autonomía es de 80 ó 100 Km. desde la planta asfáltica hasta la obra, los acuerdos deben ser locales y eso es lo que refleja la documentación incautada en la inspecciones y que corresponde al reparto en tres áreas geográficas.

Por tanto el Consejo, analizados los hechos acreditados, ha llegado a la convicción de que nos encontramos ante un único cártel, conformado por acuerdos de ámbito geográfico delimitado, y de los que en este expediente existe acreditación fehaciente del acuerdo de reparto en tres zonas, geográficas, Burgos, León y País Vasco, y no ante tres cárteles distintos."

Esta Sala considera que el hecho de que la sistemática sea la misma, y el sector empresarial el mismo, no basta para entender que se trata de un único cártel que se ha dividido en tres zonas geográficas por las características del producto. Por el contrario, como puso de manifiesto la Dirección de Investigación, puesto que lo relevante es la toma de contacto directa entre competidores para desvelar las conductas a adoptar y modificarlas en beneficio de los miembros del cártel, solo por el hecho de que una determinada empresa presuntamente participara en las reuniones independientes relativas a tres zonas geográficas distintas, la conclusión que extrae esta Sala es que si la conducta tipificada viene constituida precisamente por tales acuerdos, los cárteles son tres y no uno. No se ha acreditado la existencia de un plan conjunto integrador de las distintas conductas colusorias subyacentes, León, Burgos, País Vasco, ni se ha acreditado que las empresas conocieran ese supuesto plan conjunto, con independencia de lo que resulte para el concreto supuesto del grupo empresarial presente en las tres zonas geográficas.

Por último, es especialmente relevante el hecho, puesto de relieve por la actora en el escrito de demanda, de que no hay coincidencia de fechas: la mesa de León tuvo lugar desde febrero de 2007 y habría terminado a mediados del 2008, un poco después de que se iniciase la del País Vasco, y en ambos casos antes de la Mesa de Burgos, operativa en el año 2009. No existe prueba de solapamiento temporal entre las conductas de León y Burgos a pesar de su mayor proximidad geográfica

Esta conclusión que alcanza la Sala no tiene la consecuencia de alterar la competencia de la CNC, pues está se determinó por la autoridad administrativa con fundamento en la existencia de conductas semejantes en tres áreas geográficas situadas en dos Comunidades Autónomas diferentes.

Del exámen de las conclusiones recogidas tanto en la propuesta de resolución como en el acto administrativo impugnado resulta claramente que la hoy actora únicamente participó en la conducta relativa a la provincia de León.

Se trata por tanto, continuando con los motivos de impugnación alegados en el escrito de demanda, de comprobar si se ha practicado prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia de la actora en relación con esa concreta conducta, en ese concreto ámbito geográfico.

Como resulta del expediente, se ha acreditado que la actora participó en acuerdos

llevados a cabo en la Mesa de León, para el reparto del mercado de las mezclas bituminosas en caliente (MBC) y productos relacionados a través de un reparto de las obras ofertadas mediante la fijación de los precios a los que debía ofertar las empresas del cártel a los clientes lo que conllevaba en algunos casos el control de la implantación de las plantas asfálticas en función de la zona de influencia de cada empresa del cártel.

OCTAVO -. La actora alega que no hay pruebas de la existencia de su participación en la llamada mesa de León, partiendo de la base de que la propia CNC reconoce que en este caso la prueba es más débil.

En los folios 301, 307 a 355 del expediente obran pruebas que acreditan la existencia de la denominada mesa de León. Y no solo se trata de tablas, sino de tablas que recogen datos concretos sobre los repartos entre empresas y las alteraciones y modificaciones que se van produciendo con el transcurso del tiempo. La Sala se remite expresamente a los apartados 23 a 31 del apartado D) Hechos Acreditados de la resolución impugnada.

Igualmente, como señala la CNC, la alegada autoría unilateral de las tablas no puede prosperar, dada la acreditada imposibilidad de que la información recogida en las mismas pudiera estar en posesión de una sola persona distinta además de las empresas que aparecen detalladas. A esto se suma el hecho de que el supuesto autor individual tuviera una capacidad de acierto sobre los sucesos futuros equivalente al 65% de las adjudicaciones de suministro de asfalto a cada obra.

El Tribunal Supremo viene admitiendo en materia sancionadora, que el juicio de reprochabilidad se base en pruebas de indicios, si bien (por ejemplo en la sentencia de 26 de abril de 2005), tales pruebas indiciarias deben estar sometidas a un estricto control para ponderar su validez, derivando tal rigor en la valoración de las pruebas indiciarias en el derecho a la presunción de inocencia. Añade la sentencia citada que la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria puede efectuarse tanto desde el canon de su lógica o cohesión, de modo que será irrazonable si los indicios acreditados no llevan naturalmente al hecho que se hace desprender de ellos o lo descartan, como desde el canon de su suficiencia o calidad concluyente, no siendo pues razonable cuando la inferencia sea excesivamente abierta, débil o imprecisa.

Con este fundamento la Sala considera que se ha acreditado la participación de la actora en la conducta enjuiciada si bien limitando su responsabilidad al cártel identificado en la resolución impugnada como Mesa de León.

NOVENO -. La actora alegó con carácter subsidiario que había un error en la determinación de la extensión temporal de su responsabilidad con el consiguiente error en la determinación de la sanción.

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.

DECIMO -. En aplicación de lo dispuesto en el art. 139. Pfo. 1 de la Ley Jurisdiccional , visto que se estima en parte el recurso, no procede efectuar condena al pago de las costas a ninguna de las partes.

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

FALLAMOS

Que debemos **ESTIMAR EN PARTE y ESTIMAMOS** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **ASFALTOS DE LEON y FIRMES Y CAMINOS S.A** . contra el Acuerdo dictado el día 26 de octubre de 2011 por la Comisión Nacional de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual anulamos en el extremo relativo a la determinación del ámbito de la conducta infractora, devolviendo las actuaciones a la CNC a fin de que establezca el importe de la sanción de multa partiendo de la base del volumen de negocio de las Mezclas Bituminosas Calientes de la actora en la provincia de León.

Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art.

248 pfo. 4 de la Ley Orgánica de Poder Judicial .

Así , por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Iltra. Sra. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.