

## **RESOLUCIÓN**

**(Expte. VS/0192/09 ASFALTOS); TEBYCON, S.A.**

### **CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA Presidente**

D. José María Marín Quemada

### **Consejeros**

D<sup>a</sup>. María Ortíz Aguilar

D. Benigno Valdés Díaz

D<sup>a</sup>. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

### **Secretario**

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 29 de abril de 2015

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente VS/0192/09 ASFALTOS, cuyo objeto es la ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de julio de 2014 relativa al recurso interpuesto por TEBYCON, S.A. contra la Resolución del Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC) de 26 de Octubre de 2011 (Expediente S/0192/09 ASFALTOS).

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Por Resolución de 26 de Octubre de 2011, en el expediente S/0192/09 de referencia, el Consejo de la extinta CNC acordó:

***“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.); CAMPEZOCONSTRUCCIÓN S.A.U., y CONALVI, S.L.*

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

...

- TEBYCON, S.A. una multa de 294.117€ (Doscientos noventa y cuatro mil ciento diecisiete euros), de la que es responsable solidaria su matriz, Grupo Arconte 2000, S.L.

**TERCERO.-** *Declarar que no ha quedado acreditada la comisión de la infracción analizada en este expediente por parte de CONSTRUCCIONES MARIEZCURRENA, S.L., y ASFALTOS URRETXU, S.A., por lo que las actuaciones realizadas serán archivadas.*

**CUARTO.** - *Se insta a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.”*

2. Con fecha 28 de Octubre de 2011, le fue notificada a TEBYCON la citada resolución contra la que interpuso recurso Contencioso Administrativo (680/2011).
3. Por Sentencia de 2 de julio de 2014, firme por Oficio de 25 de septiembre de 2014, la Audiencia Nacional estimó parcialmente el recurso interpuesto contra la Resolución de 26 de octubre de 2011 y anula la resolución recurrida *“con los efectos que se determinan en el FJ Séptimo de esta resolución”* en concreto considera la Audiencia Nacional que, *“...procede estimar en parte el recurso, declarar a la actora responsable de una conducta contraria al artículo 1 LDC tal y como ha sido tipificada por la CNC, pero limitada a los hechos ocurridos en la provincia de Burgos y al período que va desde el 16 de febrero de 2009 hasta octubre del mismo año, devolviendo las actuaciones a la CNC a fin de que establezca el importe de la sanción de multa, partiendo de la base del volumen de negocio de las Mezclas Bituminosas Calientes de la actora en el referido ámbito geográfico y teniendo en cuenta, no sólo la duración de la conducta antes reseñada sino además el hecho de que la base del cálculo de la multa sólo puede ser el volumen de negocio de la empresa imputada y recurrente en ese caso, Tebycon SAU, dejando al margen el volumen de negocio de la matriz, que por decisión de la propia CNC no fue imputada en el procedimiento administrativo y por tanto no ha podido acreditarse la posible existencia de una circunstancia que permita desvirtuar la presunción de control establecida por la jurisprudencia en las relaciones intragrupo...”* .
4. A la vista de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de julio de 2014, mediante escrito de 21 de julio de 2014, una vez firme la sentencia a petición del Administrador concursal, el día 13 de octubre, se solicitó a TEBYCON el volumen de negocio de las Mezclas Bituminosas Calientes, mes a mes, para el periodo comprendido entre febrero y octubre de 2008, y el correspondiente al año 2010, antes de la aplicación del IVA y otros impuestos, para la provincia de Burgos, cuyo requerimiento ha sido contestado con fecha 17 de octubre de 2014
5. Con fecha 28 de noviembre de 2014, la Dirección de Competencia, elaboró el

Informe Parcial de Vigilancia relativo al expediente VS/0192/09 ASFALTOS, para el cálculo de la sanción a TEBYCON, en ejecución de sentencia de 2 de julio de 2014 (vigilancia de la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de 26 de octubre de 2011, expediente S/0192/09, ASFALTOS).

6. Es interesado:
  - TEBYCON, S.A.
7. El Consejo deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 29 de abril de 2015.

## FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

**PRIMERO.-** De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC. Según la disposición adicional segunda de la misma Ley, *“las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]”* y *“las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia se entenderán realizadas a las Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*.

En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013 y el artículo 14.1. a) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por RD 657/2013, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

**SEGUNDO.-** Según establece el artículo 104 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Administración que hubiera realizado la actividad objeto del recurso deberá llevar a puro y debido efecto las sentencias firmes, practicando lo que exige el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo.

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 26 de mayo de 2014, que estima parcialmente el recurso contra la Resolución de 26 de Octubre de 2011, es firme y definitiva.

La Audiencia Nacional, tras llegar a la conclusión de que no se trata de un único cártel como entendía el Consejo de la extinta CNC en la citada Resolución, sino de tres cárteles diferentes, y que la recurrente, TEBYCON, únicamente ha participado en la conducta relativa a la provincia de Burgos, considera de manera ineludible que la determinación de la sanción queda afectada tanto en el aspecto temporal, como en el geográfico, procediendo devolver las actuaciones a la CNMC para que establezca de nuevo el importe de la sanción teniendo en cuenta dichas circunstancias.

La ejecución de la referida sentencia firme de la Audiencia Nacional se lleva a cabo en sus justos términos, de conformidad con lo ordenado por el artículo 104 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Estima este Consejo que no cabe en esta fase introducir variaciones que pudieran resultar de jurisprudencia posterior (en particular, de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 y otras dictadas con posterioridad), ya fueran estas favorables o desfavorables para la empresa sancionada.

**TERCERO.-** A la hora de calcular el importe de la sanción habrá que atender a los mismos criterios que se tuvieron en cuenta en la Resolución 26 de Octubre de 2011, pero como ordena la Audiencia Nacional, referidos al territorio del cártel de Burgos y, por tanto, al período comprendido entre el 16 de febrero y el 31 de octubre de 2009.

Tal y como se desprende de la Resolución, el extinto Consejo de la CNC tuvo en cuenta, para imponer la sanción:

- Que *“El importe básico de la sanción vendrá determinado por la aplicación de los criterios señalados en las letras a) a e) del artículo 64.1 de la LDC teniendo en cuenta, por tanto, la dimensión y características del mercado afectado, la cuota de mercado del infractor, el alcance de la infracción, su duración y sus efectos. Este importe básico se calculará como una proporción del volumen de ventas afectado por la infracción”*, entendiéndose el volumen de ventas afectado por la infracción como la suma ponderada de las ventas obtenidas por el infractor en los mercados de producto o servicio y geográficos donde la infracción haya producido o sea susceptible de producir efectos, durante el tiempo que la infracción haya tenido lugar.
- Que junto a la duración de la infracción en el cálculo del volumen de ventas afectado por la infracción, se debe atender a las otras circunstancias como 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.
- Que se trata de un cártel y, por lo tanto, de una conducta de las tipificadas como muy graves en el artículo 62.4 de la LDC, que afecta a una parte del mercado nacional de asfaltos y, por lo tanto, la multa puede alcanzar hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa en el ejercicio anterior al de la imposición de la multa, según el artículo 63.1.c) de la LDC.

Teniendo en cuenta lo señalado por la Audiencia Nacional con el resto de criterios aplicados por la Resolución de 26 de octubre de 2011, la determinación del importe de la multa exigiría tomar en consideración el importe de las ventas obtenidas por el infractor correspondientes al mercado de asfalto o mezclas bituminosas calientes (antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos), limitadas a Burgos y al período que discurre de 16 de febrero a 31 de octubre de 2009, importe que asciende a 2.038.736 €. Sobre dicho importe, de conformidad con lo señalado en

resolución, procedería aplicar un 10%, resultando de ello una sanción de 203.873 euros.

La sentencia pone de manifiesto la exigencia de tomar en consideración, al determinar el importe de sanción, *“el hecho de que la base del cálculo de la multa sólo puede ser el volumen de negocio de la empresa imputada y recurrente en ese caso, Tebycon SAU, dejando al margen el volumen de negocio de la matriz, que por decisión de la propia CNC no fue imputada en el procedimiento administrativo y por tanto no ha podido acreditarse la posible existencia de una circunstancia que permita desvirtuar la presunción de control establecida por la jurisprudencia en las relaciones intragrupo.”*

Conviene a este respecto advertir que el cálculo de la multa se practica sobre el importe de ventas directamente imputado a la sociedad TEBYCON, dejando al margen su matriz o el valor consolidado de ventas del grupo en el que se integra. Cabe asimismo deducir que el inciso citado de la sentencia se dirige, esencialmente, a excluir de responsabilidad solidaria a la sociedad matriz al no haber sido emplazada como interesada y, en consecuencia, no haber tenido ocasión de desvirtuar o alegar sobre la presunción de control.

Por lo demás, el volumen de negocios total de TEBYCON en el ejercicio 2010, comunicado por la propia empresa en el marco del expediente S/0192/09 (escrito de 25 de mayo de 2011) fue de 35.229.183 €, de forma que resulta evidente que el importe de la sanción antes determinada (203.873 €) no supera el 10% del volumen de negocios total de la empresa en el ejercicio 2010.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo en Sala de Competencia

## HA RESUELTO

**UNICO.-** Imponer a TEBYCON, en ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de julio de 2014, y en sustitución de la inicialmente impuesta en la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 26 de octubre de 2011 (Expte. S/0192/09 ASFALTOS), la multa de 203.873 euros.

Comuníquese esta Resolución a la Audiencia Nacional y a la Dirección de Competencia, y notifíquese al interesado haciéndole saber que la misma ha sido dictada en ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 104 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que contra ella pueden promover incidente de ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 109 de la citada Ley 29/1998, de 13 de julio.