

RESOLUCIÓN DE REVOCACIÓN PARCIAL**Expte. VS/0192/09 ASFALTOS, empresa EXCAVACIONES Y TRANSPORTES ORSA, S.L.****CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA****Presidente**

D. José María Marín Quemada

ConsejerosD^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín**Secretario**

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 21 de mayo 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 revocación parcial de la Resolución del Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (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, ASFALTOS, 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: [...] Excavaciones y Transportes ORSA, S.L., una multa de 2.065.590 € (Dos millones sesenta y cinco mil quinientos noventa euros) [...].*

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 27 de Octubre de 2011, la citada resolución fue notificada a Excavaciones y Transportes ORSA, S.L. Contra ella interpuso recurso contencioso administrativo (nº 714/2011) solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la misma.
3. Mediante Auto de 22 de octubre de 2012, la Audiencia Nacional acordó la suspensión solicitada exclusivamente en cuanto a la multa impuesta, condicionada a la aportación de garantía, finalmente declarada suficiente por Providencia de la Audiencia Nacional de 4 de junio de 2013.
4. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el día 12 de marzo de 2014, estimó parcialmente el recurso y anuló la resolución recurrida “con los efectos que se determinan en el FJ 7 de esta resolución”.

En el mencionado Fundamento la Audiencia Nacional considera:

“SÉPTIMO -. *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 del País Vasco, la determinación del importe de la sanción correspondiente queda igualmente afectado, tanto en el aspecto temporal, como en el relativo al ámbito geográfico, (...)

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 al País Vasco y al periodo 29 de febrero 2008 y octubre de 2009, 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 octubre de 2009 y con el límite máximo fijado por el artículo 63.1.c) de la LDC.”

Dicha sentencia de 12 de marzo de 2012 fue recurrida en casación por ORSA ante el Tribunal Supremo y aclarada por Auto de la Audiencia Nacional de 14 de mayo de 2014.

5. El día 7 de abril de 2014, la Dirección de Competencia, a la vista de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de marzo de 2014, solicitó a ORSA el volumen de negocio de las Mezclas Bituminosas Calientes en el País Vasco para el periodo comprendido entre 29 de febrero de 2008 y octubre de 2009, antes de la aplicación del IVA y otros impuestos. El requerimiento, fue contestado con fecha 25 de abril de 2014.
6. Mediante Sentencia de 10 de diciembre de 2014 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección tercera) estimó el recurso de casación 4324/2011, interpuesto por GRUPO CAMPEZO OBRAS Y SERVICIOS, S.L., CAMPEZO CONSTRUCCIÓN, S.A.U. y GUIPASA, S.A., contra la sentencia de 20 de mayo de 2011, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 133/2010, sobre orden de investigación de la CNC (expte. R/0025/09).

En dicha Sentencia, el Tribunal Supremo estimó el citado recurso contencioso-administrativo, anulando la resolución de 28 de diciembre de 2009 en lo referido al acto de inspección de 15 de octubre de 2.009 así como el propio acto administrativo de inspección de 15 de octubre de 2.009.

7. Con fecha 6 de febrero de 2015, a la vista de la citada sentencia de 10 de diciembre de 2014, la DC elevó a la Sala un Informe en relación con EXCAVACIONES Y TRANSPORTES ORSA, S.L., para evaluar los efectos de la citada sentencia sobre el expediente de referencia.
8. El Consejo deliberó y falló esta resolución en su sesión del día 21 de mayo de 2015.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Habilitación competencial

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.- Objeto de la Presente Resolución

Tal y como se expresa en el AH 6, mediante Sentencia de 10 de diciembre de 2014 – recibida en la CNMC con fecha 9 de enero de 2015- el Tribunal Supremo ha estimado el recurso de casación 4324/2011, interpuesto por GRUPO CAMPEZO OBRAS Y SERVICIOS, S.L., CAMPEZO CONSTRUCCIÓN, S.A.U. y GUIPASA, S.A., contra la sentencia de 20 de mayo de 2.011, dictada por la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 133/2.010, sobre orden de investigación de la CNC (expte. R/0025/09). En la misma Sentencia, el Tribunal Supremo anula la resolución de 28 de diciembre de 2009 en lo referido al acto de inspección de 15 de octubre de 2.009 así como el propio acto administrativo de inspección de 15 de octubre de 2.009.

En su FD Tercero el Tribunal Supremo razona la motivación del fallo y la anulación de la actuación inspectora de la CNC en los siguientes términos:

“bien sea por confusión de expedientes o por cualquier otro error (...) la autorización de entrada y registro se hizo en unos términos mucho más restringidos que los contemplados en la orden de investigación dictada por la Directora de investigación. En consecuencia, la entrada y registro realizados, al acomodarse a la orden de investigación propiamente tal, no se atuvo a los términos específicos del Auto judicial, limitado al ámbito de los ascensores y las escaleras mecánicas, produciéndose así una actuación contraria a derecho. Debe pues estimarse el motivo y, por las propias razones, declarar nula a todos los efectos la inspección realizada sin el adecuado amparo judicial el 15 de octubre de 2.009”.

A continuación, en el FD Cuarto, el Tribunal Supremo procede a estimar el recurso contencioso administrativo previo y determinar sus consecuencias:

“La estimación del primer motivo hace innecesario el examen de los otros dos en que se apoya el recurso. En cuanto al contencioso administrativo previo y en virtud de lo dispuesto en el artículo 95.1.d) de la Ley jurisdiccional, hemos de estimarlo, anulando la actuación inspectora realizada el 15 de octubre de 2.009 a todos los efectos, sin que pueda por tanto ser tomada como base para cualesquiera expediente relativo a la actuación de las empresas recurrentes”.

La Sala constata que la documentación recabada en la inspección realizada el 15 de octubre de 2009 en la sede del GRUPO CAMPEZO OBRAS Y SERVICIOS S.L. fue incorporada al expediente S/0192/09, ASFALTOS, y que esta cumple una función relevante en la imputación y declaración de responsabilidad de EXCAVACIONES Y TRANSPORTES ORSA, S.L.

TERCERO.- Revocación de actos administrativos

Conforme al artículo 105 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, *“las Administraciones Públicas podrán revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico”*.

La DC en su Informe de 6 de febrero de 2015 tras analizar la Sentencia del Tribunal Supremo de de 10 de diciembre de 2014 examina la situación en los siguientes términos:

“La Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2014, anula exclusivamente el acto de inspección realizado el 15 de octubre de 2009 en la sede de GRUPO CAMPEZO¹, por lo que procede analizar la información recabada en dicha inspección incorporada al expediente S/0192/09, ASFALTOS, y sus repercusiones:

- *Folios 214 a 238*
- *Folios 258 a 290*
- *Folios 606 a 889*
- *Folios 1974 a 2001 (versiones censuradas de documentación declarada confidencial)*
- *Folios 2018 a 2067 (versiones censuradas de documentación declarada confidencial)”*.

A continuación el Informe elevado por la DC recuerda que la revisión jurisdiccional efectuada, en diversas sentencias, por la Audiencia Nacional sobre el expediente S/0192/09, ASFALTOS ha considerado acreditada la existencia de tres cárteles distintos: a) Mesa de Burgos (operativa desde febrero 2009 hasta octubre de 2009), b) Mesa de León (operativa desde febrero 2007 a mayo 2008) y c) Mesa del País Vasco (operativa desde febrero de 2008 hasta octubre de 2009).

A la vista de esta distinción la DC considera necesario analizar cómo fue utilizada la documentación recabada en la inspección realizada en la sede de GRUPO CAMPEZO anulada por el Tribunal supremo en el expediente S/0192/09, ASFALTOS para la acreditación de la conducta sancionada en cada una de las tres mesas señaladas por la Audiencia Nacional.

En relación con la Mesa del País Vasco (operativa desde febrero de 2008 hasta octubre de 2009), sobre la que la sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de marzo de 2014 ha declarado responsable de una conducta contraria al artículo 1 LDC a

¹ El 16 de enero de 2015 el tribunal Supremo ha desestimado el recurso interpuesto por Oscar Obras y Servicios, S.L., contra la inspección llevada a cabo en su sede, avalando la actuación realizada por la Dirección de Investigación

EXCAVACIONES Y TRANSPORTES ORSA, S.L. el Informe de la DC señala lo siguiente:

“2.3.3.- Mesa del País Vasco

Las pruebas que acreditan los acuerdos adoptados por la Mesa del País Vasco, proceden en su totalidad de la inspección realizada en la sede de GRUPO CAMPEZO, por lo que en aplicación de la Sentencia del Tribunal Supremo en la que se anula la actuación inspectora realizada el 15 de octubre de 2009 en la sede de dicha empresa quedarían sin acreditarse los hechos relacionados con esta mesa, por los que se sancionó a las empresas: Campezo Construcción, S.A.U. (perteneciente al GRUPO CAMPEZO); Guipasa, S.A. (también perteneciente al GRUPO CAMPEZO); Excavaciones y Transportes Orsa, S.L. y Construcciones Públicas Coprisa, S.A.”

Examinados la documentación aportada al presente expediente de vigilancia, así como las sentencias reseñadas, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC coincide con las conclusiones alcanzadas por la DC, al estimar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2014, al anular el acto de inspección realizado el 15 de octubre de 2009 en la sede de GRUPO CAMPEZO y ordenar que no pueda “*ser tomada como base para cualesquiera expediente relativo a la actuación de las empresas recurrentes*” impide su utilización para acreditar la infracción referida a la Mesa del País Vasco que declaraba la Resolución de 26 de Octubre de 2011, en el expediente S/0192/09, ASFALTOS.

La sanción impuesta a EXCAVACIONES Y TRANSPORTES ORSA, S.L. ha sido parcialmente revocada por Sentencia de la Audiencia Nacional, no siendo esta firme al estar pendiente de resolución el recurso de casación interpuesto frente a dicha sentencia.

Por todo lo anterior, procede revocar parcialmente la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 26 de octubre de 2011, en lo relativo a la sanción impuesta a EXCAVACIONES Y TRANSPORTES ORSA, S.L.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia

HA ACORDADO

PRIMERO.- Revocar parcialmente la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 26 de octubre de 2011, dictada en el expediente S/0192/09 ASFALTOS, anulando la sanción impuesta a EXCAVACIONES Y TRANSPORTES ORSA, S.L.

SEGUNDO.- Solicitar a la Audiencia Nacional el levantamiento de la fianza constituida por EXCAVACIONES Y TRANSPORTES ORSA, S.L. como garantía de la suspensión de la sanción concedida por Auto de 22 de octubre de 2010.

TERCERO.- Comunicar a la Abogacía del Estado la pérdida de objeto del recurso de casación interpuesto por EXCAVACIONES Y TRANSPORTES ORSA, S.L. contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de marzo de 2014.

Comuníquese este Acuerdo a la Dirección de Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación.