

RESOLUCIÓN DE REVOCACIÓN PARCIAL
Expte. VS/0192/09 ASFALTOS, empresa GUIPASA, S.A.**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 2 de junio 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: [...] GUIPASA S.A., una multa de 3.660.471 € (Tres millones seiscientos sesenta mil cuatrocientos setenta y un euros), de la que es responsable solidaria su matriz, GRUPO CAMPEZO Obras y Servicios, 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 27 de Octubre de 2011, la citada resolución fue notificada a GUIPASA. Contra ella interpuso recurso contencioso administrativo (nº 560/2011) solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la misma.
3. Mediante Auto de 28 de marzo 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 5 de julio de 2012.
4. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el día 30 de abril de 2014, estimó parcialmente el recurso y anuló la resolución recurrida “*con los efectos que se determinan en el FJ Octavo de esta resolución*”.

En el mencionado Fundamento la Audiencia Nacional considera:

“OCTAVO: *La recurrente considera, en un nuevo motivo de recurso, que se solapa con el anterior, en relación con el modo de calcular las sanciones. En este punto, debemos resolver de acuerdo con los criterios establecidos en las resoluciones precedentes, y por ello procede estimar el recurso a fin de que se realice una estimación sobre el concreto volumen de negocio de cada una de las empresas en el territorio de cada uno de los tres cárteles identificados, debiendo justificar, en su caso, los incrementos de porcentajes sobre el montante inicial para el cálculo de la multa.*

Para concluir y a modo de resumen sobre los efectos de la anulación que acordamos, cabe añadir al supuesto que acabamos de mencionar, la total exoneración de responsabilidad respecto de la empresa Campezo Construcción SAU¹.

La Audiencia Nacional, en el FD Séptimo, concluye que “*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.*” Y por tanto, declarada la existencia de tres cárteles distintos, cada uno con una duración independiente, ésta habrá de ser considerada para, en su caso,

¹ Según Auto de Aclaración de 22 de mayo de 2014

“calcular eventuales variaciones en la responsabilidad de las sociedades sancionadas como autoras materiales y su repercusión en la sociedad Holding del grupo”, todo ello con referencia a su FJ Sexto.

5. El día 30 de junio de 2014, la Dirección de Competencia, a la vista de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de abril de 2014, solicitó a GUIPASA el volumen de negocio de las Mezclas Bituminosas Calientes, antes de la aplicación del IVA y otros impuestos, mes a mes, en el País Vasco para el periodo comprendido entre marzo de 2008 y octubre de 2009, así como el correspondiente al año 2010. El requerimiento, tuvo finalmente entrada en el registro de la CNMC el 26 de septiembre 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 29 de abril de 2015, a la vista de la citada sentencia de 10 de diciembre de 2014, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dictó Resolución en el expediente VS/0192/09 ASFALTOS, en relación con el GRUPO CAMPEZO.

Dicha Resolución fue notificada a GUIPASA el 11 de mayo de 2015.

8. Con fecha 19 de mayo de 2015, GUIPASA presentó escrito de solicitud de rectificación de error.
9. El Consejo deliberó y falló esta resolución en su sesión del día 2 de junio 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 2011, dictada por la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 133/2010, 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 2009”.

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”.

En definitiva, el Tribunal Supremo declara la nulidad de la inspección practicada en la sede del GRUPO CAMPEZO OBRAS Y SERVICIOS S.L. el 15 de octubre de 2009. 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 GUIPASA.

Como consecuencia de todo lo anterior, ya citado en el AH 7, la Sala dictó Resolución el 29 de abril de 2015, en cuyo Fundamento Segundo considera lo siguiente:

*“(…)Por otro lado, de acuerdo con la Dirección de Competencia, en aplicación de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2014 en la que se anula la actuación inspectora realizada el 15 de octubre de 2009 en la sede del Grupo Campezo Obras y Servicios, S.L., quedarían sin acreditarse los hechos relacionados con la **Mesa del País Vasco**, puesto que las pruebas que acreditan dichos acuerdos proceden en su totalidad de la inspección anulada, y por los que se sancionó a las empresas Campezo Construcción S.A.U. (exonerada por Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de abril de 2014) y solidariamente a Grupo Campezo Obras y Servicios S.L., **Guipasa, S.A.**, Excavaciones y Transportes Orsa, S.L. y Construcciones Públicas Coprisa, S.A.”*

La Sala resuelve, teniendo en cuenta la participación de la empresa en Mesa distinta a la del País Vasco, *“Imponer a CAMPEZO ASFALTOS DE CASTILLA Y LEÓN, S.L.U. y solidariamente a su matriz GRUPO CAMPEZO Obras y Servicios, S.L. en ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de abril de 2014, que estima parcialmente el recurso contra la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 26 de octubre de 2011 (Expte. S/0192/09 ASFALTOS), y teniendo en cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2014, la multa de 514.282 euros (quinientos catorce mil doscientos ochenta y dos euros)”*.

TERCERO.- Escrito presentado por GUIPASA

Con fecha 19 de mayo de 2015 GUIPASA presentó escrito de rectificación de error de hecho detectado en la Resolución de 29 de abril de 2015. En dicho escrito, consideran que a pesar de que la citada Resolución deja sin efecto la sanción de 3.660.471€, que les fue impuesta, *“no consigna en su parte dispositiva tal exoneración de la multa impuesta a GUIPASA S.A.”*.

Por lo cual solicitan *“se proceda a rectificar el error de hecho padecido y se consigne expresamente en la parte dispositiva de la Resolución que mi representada GUIPASA S.A. ha quedado exonerada de multa a si como la entidad GRUPO CAMPEZO OBRAS Y SERVICIOS S.L., a la que se declaró responsable solidaria de la multa.”*

CUARTO.- 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 10 de febrero de 2015 tras analizar la Sentencia del Tribunal Supremo 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 CAMPEZO, (...) por lo que procede analizar solo la información recabada en la inspección llevada a cabo en la sede de GRUPO CAMPEZO Obras y Servicios, S.L. que fue 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 30 de abril de 2014 ha declarado responsable de una conducta contraria al artículo 1 LDC a GUIPASA S.A., y solidariamente a GRUPO CAMPEZO Obras y Servicios, 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, Obras y Servicios, S.L., 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. (exonerada por Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de abril de 2014) y solidariamente a GRUPO CAMPEZO Obras y Servicios, S.L.; GUIPASA, S.A. y solidariamente a GRUPO CAMPEZO Obras y Servicios, S.L.; Excavaciones y Transportes , S.L. y Construcciones Públicas Coprisa, S.A.”

Examinada la documentación aportada al presente expediente de vigilancia, así como las sentencias reseñadas, la Sala de Competencia de la CNMC coincide con las

conclusiones alcanzadas por la DC en su Informe de 10 de febrero de 2015, 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.

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 GUIPASA.

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

ACUERDA

ÚNICO.- Revocar, en lo relativo a la sanción impuesta a GUIPASA (de la que es responsable solidaria su matriz, GRUPO CAMPEZO Obras y Servicios, S.L.), 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.

Comuníquese este Acuerdo a la Dirección de Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndole 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.