

Roj: SAN 5301/2005  
Id Cendoj: 28079230062005100322  
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 6  
Nº de Recurso: 234/2003  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: CONTENCIOSO  
Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

Madrid, a veintiuno de noviembre de dos mil cinco.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y bajo el número **234/2003**, se tramita, a instancia de CEMENTOS ZIERBENA, S.A., representada por el Procurador D. Carlos Ibáñez de la Cadiniere, contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 12 de febrero de 2003 (Expediente 539/02), sobre prácticas prohibidas por la ley de defensa de la competencia, en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, y ha intervenido como parte demandada Atlántica de Graneles y Moliendas, S.A. (antes Industrias del Cemento-Viguetas Castilla, S.A.), representada por el Procurador D. Miguel Lanchares Perlado, siendo la cuantía del recurso indeterminada.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por la representación procesal indicada, contra la resolución de referencia, mediante escrito de fecha 31 de marzo de 2003, y la Sala, por providencia de fecha 2 de abril de 2003, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

El 16 de mayo de 2005, la representación procesal de Atlántica de Graneles y Moliendas, S.A. (antes Industrias del Cemento-Viguetas Castilla, S.A.), presentó escrito en los autos solicitando ser tenida por personada, y la Sala, en providencia de 14 de noviembre de 2003, interpuso le tuvo por personada en calidad de parte codemandada.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el 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 su escrito de demanda consta literalmente.

Dentro del 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. Y en su turno también contestó a la demanda la parte codemandada.

TERCERO.- Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en las actuaciones, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se

acordó señalar el día 15 de noviembre de 2005.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales, previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José M<sup>a</sup> del Riego Valledor.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 12 de febrero de 2003, que decidió desestimar el recurso de la hoy demandante, Cementos Zierbena, S.A. contra el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia, de fecha 5 de septiembre de 2002, de sobreseimiento parcial de actuaciones.

Son antecedentes fácticos a tener presentes en esta sentencia:

1) El día 29 de marzo de 2001 tuvo entrada en el Servicio de Defensa de la Competencia un escrito de Cementos Zierbana, hoy parte actora, en el que formulaba una denuncia contra las sociedades Cementos de Lemona, S.A., Financiera y Minera, S.A. e Industrias del Cemento-Viguetas Castilla, S.A., esta última comparecida como parte codemandada. Se denunciaba que las empresas Cementos de Lemona, S.A. y Financiera y Minera, S.A., se habían puesto de acuerdo para presentar alegaciones ante la Autoridad Portuaria de Bilbao en el expediente promovido por la demandante de concesión administrativa para la construcción de una molinera de cemento en terrenos del Puerto de Bilbao y para presentar un proyecto alternativo a través de Industrias Cementos-Viguetas Castilla, S.A., empresa participada al 50% por las dos anteriores.

2) El Servicio de Defensa de la Competencia acordó el 5 de septiembre de 2002 el sobreseimiento parcial del expediente sancionador contra Industrias Cementos-Viguetas Castilla, S.A., continuando la tramitación respecto de las otras dos denunciadas. El recurso de la denunciante Cementos de Zierbana, S.A., contra dicho Acuerdo de sobreseimiento parcial fue desestimado por el Tribunal de Defensa de la Competencia, en el Acuerdo antes citado, de fecha 12 de febrero de 2003, que constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo.

SEGUNDO.- La parte actora alega en su demanda que no nos encontramos ante un caso intragrupo o acuerdo entre las empresas que forman parte de un grupo empresarial sino ante unos acuerdos entre dos empresas matrices y la participada que es contrario al *artículo 1 LDC*.

El Abogado del Estado contesta que Cementos Lemona, S.A. y Financiera y Minera S.A., fueron quienes adoptaron los acuerdos que se consideran anticompetitivos, y que la codemandada Industrias del Cemento-Viguetas Castilla, S.A. carecía de autonomía, al estar participada al 50% por las dos anteriores.

Industrias del Cemento-Viguetas Castilla, S.A. contesta que la Autoridad Portuaria de Bilbao suspendió el expediente de concesión a instancia de la recurrente y convocó un concurso público para el otorgamiento de la concesión, sin que la demandante ni impugnara esta convocatoria, ni presentara oferta alguna. Añade que, finalmente, el TDC acordó en su Resolución de 11 de septiembre de 2003, el archivo del expediente sancionador seguido contra las dos empresas matrices, por no haberse acreditado ninguna práctica restrictiva de la competencia.

TERCERO.- La Resolución impugnada parte de unos hechos probados que esta Sala comparte, y sobre los que la actora no sólo no ha propuesto prueba en contrario, sino que ni siquiera los ha impugnado. Se considera, entonces, acreditado en el expediente: a) que la idea de elaborar un proyecto alternativo conjunto entre Financiera y Minera, S.A. y Cementos Lemona, S.A., alternativo al proyecto de Cementos Zierbana, S.A., surgió de Financiera y Minera, S.A., b) que Financiera y Minera, S.A. y Cementos Lemona, S.A., decidieron que el proyecto alternativo lo desarrollarían a través de su filial común Industrias del Cemento-Viguetas Castilla, S.A.; y 3) que Cementos Lemona, S.A., desempeñó un papel activo en la celebración de reuniones y búsqueda de contactos, con el objeto de lograr el otorgamiento de la concesión.

En definitiva, la conducta que se denuncia como anticompetitiva consistió en haberse puesto de acuerdo dos empresas para presentar alegaciones ante la Autoridad Portuaria de Bilbao en el expediente promovido por la demandante de concesión administrativa para la construcción de una molinera de cemento en terrenos del Puerto de Bilbao y para presentar un proyecto alternativo a través de una tercera

empresa participada por las dos primeras. El TDC parte del hecho de que la codemandada Industrias del Cemento-Viguetas Castilla, S.A., que está participada al 50% por las otras dos empresas denunciadas, Financiera y Minera, S.A. y Cementos Leona, S.A., careció en el presente caso, en el que se presentaron alegaciones y un proyecto alternativo ante la Autoridad Portuaria de Bilbao, de cualquier clase de iniciativa, apareciendo en realidad como mero instrumento auxiliar de sus dos empresas matrices, que fueron quienes tuvieron las iniciativas y adoptaron los acuerdos que la demandante considera anticompetitivos.

Por tanto, resultando del expediente administrativo, y no acreditado lo contrario en este recurso contencioso administrativo, que la sociedad denunciada Industrias del Cemento-Viguetas Castilla, S.A. careció de autonomía de voluntad y fue un mero instrumento en manos de sus matrices, es claro que desde el punto de vista del Derecho de la Competencia, la responsabilidad por los hechos que se enjuician sólo puede corresponder a las empresas matrices que adoptaron los acuerdos que eran objeto de investigación por el Servicio de Defensa de la Competencia.

CUARTO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el *artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa* .

## **FALLAMOS**

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de CEMENTOS ZIERBENA, S.A., contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 12 de febrero de 2003, que declaramos ajustada a derecho en los extremos examinados.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, indicando si es o no firme y, en su caso, los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.