

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

(Expte. VS/0179/09, HORMIGON Y PRODUCTOS RELACIONADOS, empresa
CANTERAS DE ECHAURI Y TIEBAS, S.A./GRUPO CETYA)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

Secretario

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 3 de noviembre de 2016

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/0179/09, HORMIGON Y PRODUCTOS RELACIONADOS cuyo objeto es la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2015 (recurso 978/2014) por la que se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de noviembre de 2013 (recurso 110/2012) dictada como consecuencia del recurso interpuesto por la empresa CANTERAS DE ECHAURI Y TIEBAS, S.A./GRUPO CETYA¹ (en adelante CETYA) en relación con la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de enero de 2012 (Expediente S/0179/09, HORMIGON Y PRODUCTOS RELACIONADOS).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 12 de enero de 2012, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC), en el expediente de referencia, acordó en relación con CETYA, entre otras cosas:

“PRIMERO.- *Declarar acreditada la existencia de una infracción de cártel del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, consistente en la fijación de los precios del suministro de hormigón, mortero*

¹ CANTERAS DE ECHAURI Y TIEBAS, S.A. cambió su denominación en agosto de 2007 a GRUPO CETYA, tal y como recoge la Audiencia Nacional en su Sentencia.

y áridos y el reparto de mercado, mediante el reparto de obras en las zonas delimitadas por el cártel en la Comunidad Foral de Navarra y zonas limítrofes.

Declarar responsables de esta infracción de cártel a:

1. CANTERAS DE ECHAURI y TIEBAS SA (GRUPO CETYA), CEMENTOS PORTLAND VALDERRIBAS SA (CPV) HORMIGONES BERIAIN SA (BERIAIN) por la fijación de precios del suministro de hormigón, mortero y áridos, así como la participación en un reparto de mercado, en la Comunidad Foral de Navarra y zonas limítrofes, desde junio de 2008 hasta al menos el 22 de septiembre de 2009. (...)

SEGUNDO.- *Imponer a las empresas responsables citadas las siguientes sanciones:*

- *1.425.299 €, a CANTERAS DE ECHAURI y TIEBAS SA (...)*

SEXTO.- *Instar a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.”*

2. Con fecha 12 de enero de 2012 le fue notificada a CETYA² (folio 130) la citada Resolución contra la que interpuso recurso contencioso administrativo (110/2012), solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la misma.
3. Mediante Auto de 8 de mayo de 2012³, la Audiencia Nacional acordó la suspensión solicitada exclusivamente en cuanto a la multa impuesta, condicionada a la aportación de garantía por importe de 1.425.299 €. Garantía que fue declarada suficiente por oficio de la Audiencia Nacional de 19 de septiembre de 2013.
4. Mediante Sentencia de 30 de noviembre de 2013, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) desestimó el recurso (110/2012) interpuesto por CETYA contra la Resolución de 12 de enero de 2012, declarando ésta conforme a derecho. Contra ella se interpuso recurso de casación (978/2014).
5. Con fecha 9 de diciembre de 2015, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo resolvió el recurso de casación interpuesto por CETYA frente a la Sentencia de 30 de noviembre de 2013 de la Audiencia Nacional, manteniendo la estimación parcial del recurso interpuesto por CETYA contra la

² CANTERAS DE ECHAURI Y TIEBAS, S.A. cambió su denominación en agosto de 2007 a GRUPO CETYA tal y como recoge la Audiencia Nacional en su Sentencia.

³ Modificado en cuanto a que se admite cualquier tipo de garantía real por Providencia de 18 de julio de 2012.

Resolución del Consejo de la CNC de 12 de enero de 2012, anulándola en lo que respecta a la sanción y ordenando a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC) a que cuantifique la sanción pecuniaria conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), en los términos fundamentados en dicha sentencia, no pudiendo superar la cuantía de 1.425.299 € para no incurrir en *reformatio in peius*.

6. A pesar de la garantía constituida ante la Audiencia Nacional, CETYA ha procedido al pago de la sanción por importe de 1.425.299 €, el 29 de mayo de 2015 (folio 753).
7. Con fecha 20 de enero de 2016, la Dirección de Competencia requirió a CETYA la aportación de información sobre su facturación total antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados, en el año 2011.
8. CETYA presentó escrito de contestación el 5 de febrero de 2016 (folio 963) señalando que su facturación total antes de impuestos para el 2011 ascendió a 15.491.417 €.
9. Es interesado: CANTERAS DE ECHAURI Y TIEBAS, S.A./GRUPO CETYA
10. El Consejo deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 3 de noviembre de 2016.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Habilitación competencial

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la CNMC compete “*aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia*”. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de “*resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio*” y según el artículo 14.1.a) del Estatuto orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, “*la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio*”.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. Sobre la ejecución de sentencia del Tribunal Supremo

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.

Tal y como se ha recogido en los antecedentes, la Resolución de la CNC de 12 de enero de 2012, dictada en el expediente S/0179/09, HORMIGÓN Y PRODUCTOS RELACIONADOS, impuso una multa de 1.425.299 € a CETYA. Dicha empresa interpuso recurso contencioso administrativo contra la misma.

El recurso interpuesto fue inicialmente desestimado por Sentencia de 30 de noviembre de 2013 de la Audiencia Nacional. Mediante Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2015 se casa la Sentencia de la Audiencia Nacional y se estima parcialmente el recurso presentado por CETYA, anulando la multa y ordenando a la CNMC a que cuantifique la sanción pecuniaria conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la LDC, y sin que en ningún caso pueda resultar un importe superior al de la multa que ahora se anula. La parte dispositiva de la Sentencia del Tribunal Supremo dispone, en particular:

“SEGUNDO.- Que debemos estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el "Grupo Cetya SA" contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de enero de 2012 que se anula por lo que respecta a la sanción impuesta a dicha sociedad, debiendo calcularse de nuevo la sanción conforme a los criterios fijados en esta sentencia.”

TERCERO. Sobre la determinación de la sanción

3.1. Hechos probados y determinación de la sanción en la Resolución de 12 de enero de 2012

Para la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo y la imposición de la sanción correspondiente a CETYA hay que partir de los hechos acreditados que se imputan a dicha empresa en la Resolución de 12 de enero de 2012 y que han sido corroborados por la Audiencia Nacional y por el Tribunal Supremo.

En particular, sin perjuicio de hacer íntegra remisión a los hechos probados y fundamentación jurídica de la Resolución confirmada por la sentencia que ahora se ejecuta, cabe señalar lo siguiente:

- De conformidad con el dispositivo primero de la Resolución, CETYA (entre otros) fue declarada responsable de una infracción de cártel del artículo 1 de la LDC, consistente en la fijación de precios del suministro de hormigón, mortero y áridos, así como la participación en un reparto de mercado, en la Comunidad Foral de Navarra y zonas limítrofes, desde junio de 2008 hasta al menos el 22 de septiembre de 2009.

- En particular, según lo señalado en el FD 7º, sobre la individualización de la responsabilidad de cada empresa en la infracción del cartel acreditada:

“En relación con CETYA, por lo expuesto en los fundamentos de derecho precedentes, el Consejo considera acreditado que el Presidente de CETYA participó en las reuniones iniciales del cartel, celebradas en el Hotel Tres Reyes de Pamplona los días 2 y 3 de junio de 2008, en las que se acordaron los términos generales de los acuerdos del cartel en cuanto a la fijación de los precios del hormigón, los morteros y los áridos, así como el reparto de mercado de dichos productos entre las empresas del cartel en la Comunidad Foral de Navarra y territorios limítrofes. Asimismo ha quedado acreditado que CETYA participó en las reuniones operativas del cartel celebradas posteriormente con las demás empresas del cartel, en las que se concretaron determinados aspectos de los acuerdos adoptados, fijando cuotas de reparto, y se realizó un seguimiento de los acuerdos del cartel. Por tanto, teniendo en cuenta lo acreditado en los HP de esta Resolución, el Consejo considera que la responsabilidad administrativa de CETYA se inicia el 2 de junio de 2008 y afecta a todos los acuerdos anticompetitivos integrantes de la infracción de cartel acreditada.”

La Sentencia que ahora se ejecuta obliga a reconsiderar todo el proceso de determinación de la sanción. La Resolución del Consejo de la CNC de 12 de enero de 2012 motivó la determinación de las multas sobre la base de los criterios siguientes (cfr. FD 9º de la Resolución):

- Determinación del mercado afectado. Según la Resolución (pág. 113), *“El cartel acreditado en este expediente abarca la producción y comercialización de hormigón, mortero y áridos en la Comunidad Foral de Navarra y territorios limítrofes. La demanda de estos productos se basa principalmente en empresas constructoras tanto en obra civil como en edificación de viviendas, si bien los áridos constituyen materias primas para la fabricación de hormigón por lo que parte de la demanda de este producto lo constituyen las propias empresas fabricantes y suministradoras de este producto. Las propias empresas incoadas han manifestado las dificultades para estimar el tamaño de los mercados afectados, pero algunas de ellas, como VRESA, estima el mercado del hormigón en la Comunidad Foral de Navarra en 2.759.508 m³ en 2008 y 1.832.528 m³ en 2009. CETYA, por su parte, estima este mercado en 2.582.514 en el 2008 y de 1.747.846 en el 2009. Asimismo CETYA estima el mercado del mortero en el 2008 y 2009 en 350.040 Tm y 269.480 Tm, respectivamente. En relación a la dimensión del mercado de los áridos en la Comunidad Foral de Navarra, sería de aproximadamente de 9.100.000 Tm en el 2008 y de 7.700.000 Tm en 2009, según datos calculados por VRESA.*

La oferta de estos productos, la constituirían principalmente las empresas imputadas, sus filiales y aquellas otras empresas identificadas en el expediente

como conformadoras de una unidad económica bajo la dirección o control de CPV y BERIAIN.”

- Duración. En lo referente a la duración, la Resolución (pág. 113) según lo establecido en el Fundamento de Derecho Séptimo, considera el inicio del cártel a principios de junio de 2008, manteniéndose en vigor los acuerdos de fijación de precios y reparto de mercados al menos hasta la realización de las inspecciones por la CNC el 22 de septiembre de 2009.

El Consejo articula un criterio para fijar la duración sobre la que determinar el volumen de negocios afectado, así:

- o toma en su integridad el volumen de ventas en el mercado afectado de los últimos 12 meses de duración de la infracción acreditada, octubre de 2008 a septiembre de 2009.
 - o pondera al 0,75 el volumen de negocio en el mercado afectado relativo a los meses de junio a septiembre de 2008.
- Tipo (%). Teniendo en cuenta el carácter disuasorio que deben tener las multas en materia de competencia, el Consejo consideró adecuado fijar el importe básico de la sanción en el 15% del volumen de ventas afectado por la infracción durante el tiempo de la conducta, con la ponderación decreciente señalada en el párrafo anterior. En consecuencia se impuso a CETYA 1.425.299 €.
 - Efectos de la infracción sobre el mercado, los consumidores o usuarios o sobre otros operadores económicos.

“Los acuerdos de fijación de precios y de incremento progresivo de los mismos tienen un efecto directo en la demanda de los productos afectados por el cártel, habiéndose demostrado que efectivamente los precios del hormigón, mortero y áridos se vieron afectados, incrementándose los precios de suministro en las cantidades acordadas por el cártel. Estos productos se encuentran íntimamente ligados al sector de la construcción, que constituye la principal demanda de los mismos. Por tanto, los pactos de precios produjeron un grave perjuicio a este sector en el mercado geográfico afectado, incrementando los costes de producción, tanto de la obra civil como en la construcción de viviendas. Además, el acuerdo de reparto de mercado entre las empresas competidoras participantes en el cártel ha eliminado la posibilidad de elección de suministro por parte de los clientes de las empresas imputadas, en relación con los productos objeto de investigación en este expediente.

También ha quedado acreditado que el cártel tuvo unos efectos directos en el mercado y así, por ejemplo, tal y como se estableció en el HP 44, en referencia al mercado del hormigón, tras los acuerdos adoptados a principios de junio de 2008 por las empresas del cártel, y a finales de agosto de 2008 se habían

contratado obras a 50-55€/m³ frente a los 40-42€/m³ de meses anteriores y se estaban ofertando precios a 73-75 €/m³ para realizar el suministro a 65-68 €/m³, encontrando indicaciones posteriores para vender a 78 €/m³ en los meses siguientes, lo que supondrían incrementos de precios por encima del 80% respecto al precio de dicho producto con anterioridad a la adopción de los acuerdos de fijación e incrementos de precios adoptados por las empresas del cártel. De igual manera, el precio de los áridos se incrementó de manera efectiva en porcentajes superiores, según las evidencias que constan en el expediente, reflejadas en el HP 56, y así, en el año 2009 los precios se habrían incrementado por encima de los precios inicialmente acordados por el cártel y tras la fijación de sucesivos incrementos, en 2 € para el tipo Todo Uno de segunda —que tendría ya un precio de 5 €—, también en 2 € para el tipo Todo Uno de primera —que tendría un precio de 6 €—, en 3 € las gravas y arena —que tendría un precio de 7 €—, en 2,3 € la arena fina —con un precio de 10,3 € y finalmente un incremento de 3,5 € para la escollera, con un precio final de 12 €. Por otro lado, las empresas del cártel llevaron a efecto el reparto de mercado acordado, asignando a cada empresa del cártel una zona de influencia en la que, a su vez, se le asignaba un porcentaje de participación en las obras, tal y como ha quedado acreditado (HP 57 y ss). Asimismo se asignaban las obras a realizar en la citada zona por cada una de las empresas del cártel presentes en la misma, mediante la elaboración de distintas hojas de adjudicación para el reparto, en las que quedaban reflejadas las obras pendientes, mediante la discusión en las reuniones del cártel y el acuerdo final sobre la realización de las mismas, ya fuera por una única empresa del cártel o por varias de éstas, teniendo en cuenta los porcentajes de participación de cada una de las empresas participantes en el cártel.

Por otra parte, la implantación de estos acuerdos también tuvo efectos indirectos sobre los consumidores finales, dado que, como se ha indicado, en última instancia el sobreprecio pagado por los productos afectados por el cártel incidía claramente en el sector de la construcción.

No obstante, es preciso tener en cuenta que las partes han presentado prueba documental que acredita que determinadas obras no fueron suministradas a los precios acordados, aunque en general sí a precios superiores a los que existían al tiempo de constituirse el cártel, como también existe prueba de que determinadas obras no fueron finalmente suministradas por las empresas que figuran en las hojas de adjudicación.”

- Beneficios ilícitos obtenidos. Los beneficios ilícitos obtenidos de este cártel son de difícil acreditación en tanto en cuanto no se ha podido determinar con precisión el grado de cumplimiento de los acuerdos anticompetitivos que conforman la infracción de cártel. Pero no cabe duda que los acuerdos de fijación y subida progresiva de los precios y de reparto de los mercados tienen por objeto maximizar el precio y, consecuentemente, sus beneficios mediante la eliminación de la competencia.

- Atenuantes y agravantes. No se apreciaron circunstancias atenuantes ni agravantes a tener en cuenta para ninguna de las empresas imputadas.
- Límite del 10%. La multa así calculada a CETYA superaba el 10% de su volumen de negocios total en el ejercicio 2010⁴.

Siendo ello así, la multa finalmente impuesta supuso una multa del **10%** del volumen de negocios total de la empresa en 2010.

3.2. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo

De acuerdo con lo expuesto por el Tribunal Supremo en sus fundamentos séptimo y octavo, acogiendo los razonamientos jurídicos de su Sentencia de 29 de enero de 2015⁵, el proceso de determinación de la multa debe necesariamente ajustarse a las siguientes premisas.

- Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. La Sala señala que dichos límites “*constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje*” y continúa exponiendo que “*se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones.*”
- Sobre dicha base, concluye el Tribunal que la metodología de cálculo que subyace en la *Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea* (actuales artículos 101 y 102 del TFUE), publicada en el BOE el 11 de febrero de 2009, y que utiliza la interpretación del artículo 63.1 de la LDC como un umbral o límite extrínseco, no resulta aceptable.
- En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, que en este caso podría llegar hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el

⁴ Como la resolución original se dictó en enero de 2012, el dato de volumen de negocios total que se utilizó fue el único disponible en aquel momento, el de 2010, que asciende a 14.252.987 euros (folio 7232).

⁵ También, en idéntico sentido, las sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015 (recursos 1476/2014 y 1580/2013), entre otras.

artículo 63.1 de la LDC se refiere al *“volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”,* de modo que *“habiéndose dictado la resolución sancionadora el 12 de enero de 2012 el periodo a tomar en consideración debió de ser el volumen de negocios total de la empresa infractora en el año 2011.”*

- Dentro del arco sancionador que discurre hasta el porcentaje máximo fijado en el artículo 63 de la LDC, las multas deberán tomando en consideración las circunstancias previstas en el artículo 64.1 de la LDC, esto es, entre otros, *“a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción; b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; c) El alcance de la infracción; d) La duración de la infracción; e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas responsables.”*

En este sentido, mantiene el Tribunal Supremo que *“La forma de calcular la sanción impuesta, que como ya hemos afirmado anteriormente no es conforme a derecho, conlleva un segundo efecto distorsionador consistente en que a todas las empresas se les ha impuesto el límite máximo permitido por la ley, sin graduar el importe de sanción en relación a su grado de responsabilidad conforme a los criterios fijados en el art. 64 de la Ley (...) En definitiva, la ponderación de los criterios contenidos en el art. 64 de la Ley de Defensa de la Competencia, han de aplicarse para graduar el importe de la sanción. De modo que cuando la sanción se fije con relación al volumen total de negocios de la empresa el órgano sancionador deberá graduar el porcentaje que aplica, siempre con el límite del 10% para las infracciones muy graves, atendiendo a tales criterios, razonando suficientemente para fijar ese porcentaje el grado de participación y responsabilidad de cada una de las empresas sancionadas.”*

Y añade el alto tribunal que desde esa perspectiva hay que abordar los siguientes reproches:

- No basta con definir la dimensión y características del mercado afectado, sino que para la determinación de la sanción habrá que considerar *“la cuota de mercado afectado por la empresas o empresas responsables y el grado de participación de cada una de ellas en el reparto de los mercados afectados o, en caso de no disponer de este dato ponderar esa carencia para graduar la sanción.”*
- El hecho de que la infracción durase poco más de un año ha de tenerse en cuenta como un factor de atenuación para graduar la sanción *“pues la escasa duración acreditada tiene importancia en la incidencia que esta conducta colusoria tuvo en el mercado y sus competidores, con la consiguiente repercusión en los consumidores y usuarios. Cabe recordar*

que aunque las Directrices para el Cálculo de las multas de la Comisión de 1998, no resulten vinculantes -STS de 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013) de 30 de enero de 2015 (RC 2793/2013), 30 de enero de 2015 (Recurso: 1476/2014) y 2 de octubre de 2015 (Recurso: 2858/2014)- entre los criterios contenidos en la misma lógicamente se pondera la duración de la infracción, reduciendo considerablemente la graduación de la sanción aplicable cuando la infracción haya tenido una repercusión temporal reducida. Y esta previsión, con ser lógica, también se contiene como criterio de graduación de la sanción en el art. 64.d) de la Ley de Defensa de la Competencia.”

- *“Si el órgano sancionador no toma en consideración circunstancias agravantes ni atenuantes, al margen de lo ya razonado anteriormente, no es posible imponer la sanción en su grado máximo, pues ello implicaría prescindir de los criterios de graduación legalmente previstos.”*

Por todo ello concluye que la parcial estimación del recurso conlleva la obligación de volver a calcular el importe de la sanción que ha de ser impuesta a la parte recurrente, debiendo fijarse el tipo sancionador a la vista de las circunstancias concurrentes y tomando en consideración lo expuesto en la Sentencia.

3.3. Criterios generales para la determinación de la sanción basados en los hechos acreditados en la sanción original (S/0179/09)

La infracción que acredita la Resolución de 12 de enero de 2012 (y confirman los Tribunales) de la que es responsable CETYA es una infracción muy grave (art. 62.4.a) y por tanto podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c), esto es, 2011.

Como se ha mencionado, el 5 de febrero de 2016 CETYA ha presentado, en el marco del expediente VS/0179/09 su facturación total en España, antes de la aplicación del IVA y otros impuestos, para 2011 que asciende a 15.491.417 € (folio 964). Como se ha mencionado anteriormente, en la resolución original se utilizó el volumen de negocios total en 2010 (14.252.987 euros) porque el de 2011 no estaba todavía disponible. Como el volumen de negocios total en 2011 es mayor que en 2010, esta Sala ha considerado más adecuado seguir utilizando como referencia la cifra de negocios total en 2010, de modo que se evite una suerte de *reformatio in peius* por la utilización del volumen de negocios total en el año anterior a la resolución original, que es el de 2011.

El porcentaje sancionador a aplicar en el presente expediente debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la Resolución de 12 de enero de 2012 (S/0179/09), siguiendo los criterios de la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

CETYA es responsable de fijación de los precios del suministro de hormigón, mortero y áridos y de repartir el mercado, mediante el reparto de obras en zonas delimitadas por el cártel, en la Comunidad Foral de Navarra y zonas limítrofes, desde junio de 2008 y hasta al menos septiembre de 2009.

Como se expuso en la Resolución del Consejo de la CNC de 12 de enero de 2012, “ha quedado acreditado que los acuerdos de fijación e incremento de precios en cada uno de los productos objetos de investigación, así como el reparto de mercado, son diferentes instrumentos de un acuerdo global de cártel, con un objetivo único, común y continuado en el tiempo, entre las empresas imputadas que forman parte de este cártel. En definitiva la infracción ha afectado a las dos principales variables competitivas, a varios productos y a una amplia variedad de empresas más allá de las matrices imputadas.”

Dentro de los criterios para la individualización del reproche sancionador a CETYA conviene considerar los siguientes.

De acuerdo con la información facilitada por CETYA (folios 963 a 970 del expediente VS/0179/09), su volumen de negocios total (VNT) y en el mercado afectado (VNMA) durante la infracción son los que se recogen en la tabla siguiente:

	VNT en 2010	VNMA en 2008	VNMA en 2009
CETYA	14.252.987 €	22.868.093 €	15.293.125 €

En lo referente a la duración, en el caso de CETYA ha quedado acreditada su participación en el cartel desde su inicio el 2 de junio de 2008, hasta el 22 de septiembre de 2009, fecha de la inspección.

En consecuencia, la facturación de CETYA en el mercado afectado por la conducta durante la infracción se eleva a 24.809.565 €, resultado de sumar siete doceavas partes del VNMA de 2008 (13.339.721 €) y nueve doceavas partes del VNMA de 2009 (11.469.844 €).

La cuota de mercado relevante afectada por la infracción no es conocida. Sin embargo, como se señala en la Resolución original, “*el cártel acreditado en este expediente abarca la producción y comercialización de hormigón, mortero y áridos en la Comunidad Foral de Navarra y territorios limítrofes*”, y “*la oferta de estos productos, la constituirían principalmente las empresas imputadas, sus filiales y aquellas otras empresas identificadas en el expediente como conformadoras de una unidad económica bajo la dirección o control de CPV y BERIAIN.*” De lo anterior puede deducirse que la cuota del mercado relevante afectada por la cartelización era bastante elevada.

En lo que respecta al ámbito geográfico afectado por la conducta, ha quedado acreditado que el cártel comprendía únicamente a la Comunidad Foral de Navarra y zonas limítrofes.

En cuanto a los efectos, como se ha indicado anteriormente, ha quedado acreditado que el cártel tuvo unos efectos directos en el mercado de hormigón que supondrían incrementos de precios por encima del 80% respecto al precio de dicho producto con anterioridad a la adopción de los acuerdos del cártel. De manera semejante, el precio de los áridos se incrementó de manera efectiva en un porcentaje medio del 34%.

Uno de las consecuencias del cártel ha sido la producción de efectos en cascada. Así queda constatado en la Resolución original: *“Los acuerdos de fijación de precios y de incremento progresivo de los mismos tienen un efecto directo en la demanda de los productos afectados por el cártel, habiéndose demostrado que efectivamente los precios del hormigón, mortero y áridos se vieron afectados, incrementándose los precios de suministro en las cantidades acordadas por el cártel. Estos productos se encuentran íntimamente ligados al sector de la construcción, que constituye la principal demanda de los mismos. Por tanto, los pactos de precios produjeron un grave perjuicio a este sector en el mercado geográfico afectado, incrementando los costes de producción, tanto de la obra civil como en la construcción de viviendas”*. Además, la conducta anticompetitiva perjudicó a un sector especialmente relevante para la economía española, como el de la construcción.

La participación de CETYA en la conducta, medida como una proporción del mercado afectado, fue de un 26,9%. En comparación con el resto de empresas que formaron parte del cártel, presenta la segunda cuota de participación más alta.

Por otra parte, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo, es necesario tener en cuenta como un factor de atenuación la duración de la infracción en poco más de un año.

Siguiendo la precitada sentencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, efectos, características del mercado afectado, participación en la conducta de la infractora, ausencia de atenuantes y agravantes– permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta. De acuerdo con todo lo señalado, esta Sala considera apropiado un tipo sancionador del 5,5% del volumen de negocios total de CETYA en 2010.

Por último, la citada sentencia del Tribunal Supremo insiste en la necesaria proporcionalidad que debe guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, y para eso hay que tener en cuenta *“la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados”*.

Cualquier valoración de la proporcionalidad hace necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta en el mercado afectado bajo supuestos muy prudentes (que es lo que puede denominarse *beneficio ilícito potencial* ⁶). En el presente caso, la multa que le correspondería a la infractora (783.914 euros) está muy lejos de superar el límite de proporcionalidad estimado, que está en el entorno de 5.800.000 euros⁷, por lo que no es necesario reducir el tipo sancionador por motivos de proporcionalidad.

La multa que le correspondería a la empresa infractora de acuerdo con el nuevo sistema de determinación de sanciones, es decir, 783.914 euros, es inferior a la multa de la Resolución sancionadora original, que ascendió a 1.425.299 euros, por lo que no hay *reformatio in peius*, y puede aplicarse la sanción que le corresponde a CETYA en función de la gravedad de la conducta y de su participación en ella.

De acuerdo con todo lo señalado, esta Sala considera que el tipo sancionador en el que se ha de determinar el importe de la multa debe ser el 5,5% de su volumen de negocios total en 2010, lo que supondría una sanción de 783.914 euros.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Imponer a CANTERAS DE ECHAURI Y TIEBAS, S.A./GRUPO CETYA, en ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2015 (recurso 978/2014) que casó la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de noviembre de 2013 (recurso 110/2012), y en sustitución de la inicialmente impuesta en la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de enero de 2012 (Expte. S/0179/09, HORMIGON Y PRODUCTOS RELACIONADOS), la multa de **783.914 euros**.

⁶ Estos supuestos se refieren a diversos parámetros económicos, entre otros el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante. Cuando es posible, los supuestos que se han asumido se basan en datos de las propias empresas infractoras, o en bases de datos públicas referidas al mercado relevante como los Ratios Sectoriales de las Sociedades no Financieras del Banco de España. Cuando no es posible tener datos específicos, las estimaciones se basan en la literatura económica. Los supuestos sobre estos parámetros son muy prudentes porque se exige que sean siempre razonables desde el punto de vista económico y, en caso de duda, se toman los más favorables a las empresas.

⁷ Esta cifra resulta de las subidas de precios derivadas de la cartelización que se acreditaron en la resolución original, mencionadas anteriormente y que no han sido cuestionadas por el Tribunal Supremo, así como de los márgenes brutos de explotación de empresas del mismo sector y de tamaño semejante durante el período de la infracción, según datos del Banco de España. Asimismo, normalmente se considera que la elasticidad precio de la demanda en los mercados de cemento y hormigón es relativamente baja.

Comuníquese esta Resolución a la Audiencia Nacional y a la Dirección de Competencia, y notifíquese a la parte interesada 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.

VOTOS PARTICULARES

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz a la Resolución aprobada en el día de hoy, por mayoría simple, en el marco del Expediente Sancionador VS/0179/09 HORMIGÓN Y PRODUCTOS RELACIONADOS relativa a la empresa Canteras de Echauri y Tiebas S.A.

DISCREPANCIA que concreto y desarrollo en los siguientes **MOTIVOS**

PRIMERO.- Debemos partir de los siguientes Hechos Probados ciertos e indubitados

A.- El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia el día 12 de Enero del 2012 dictó una Resolución administrativa, en vía previa, en cuya Parte Dispositiva se dice

***PRIMERO.-** Dejar acreditada la existencia de una infracción de **cártel** del Artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, consistente en la fijación de los precios del suministro de hormigón, mortero, y áridos y el reparto de mercado, mediante el reparto de obras en las zonas delimitadas por el cártel en la Comunidad Foral de Navarra y zonas limítrofes.*

Declarar responsables de esta infracción de cártel a:

CANTERAS DE ECHAURI Y TIEBAS S.A. (GRUPO CEYTA) por la fijación de precios del suministro de hormigón, mortero y áridos, así como por la participación en un reparto de mercado, en la Comunidad Foral de Navarra y zonas limítrofes, desde junio de 2008 hasta al menos el 22 de septiembre de 2009.

SEGUNDO.- Imponer a las empresas responsables citadas las siguientes sanciones:

1.425.299 € a CANTERAS DE ECHAURI Y TIEBAS S.A.

SEXTO.- Instar a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.

B.- La empresa disconforme con lo resuelto, en tiempo y forma, interpuso Recurso Contencioso-Administrativo del que conoció la Ilma. Sección Sexta, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Recurso 110/2012).

La Ilma. Sala el día 30 de Noviembre del 2013 dictaba Sentencia en cuya Parte Dispositiva se dice

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 **GRUPO CEYTA S.A.**, contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la

Competencia (CNC) de 12 de Enero de 2012 expediente S/0179/09 Hormigón, que se declara en los extremos examinados conforme a derecho. Se imponen las costas a la parte actora.

C.- La empresa disconforme con lo resuelto, en tiempo y forma, interpuso Recurso de Casación del que conoció la Excm. Sección Tercera, de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Recurso de Casación 978/2014).

La Excm. Sala el día 9 de Diciembre del 2015 dictaba Sentencia en cuya Parte Dispositiva se dice

FALLAMOS

PRIMERO.- *Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación interpuesto por el “Grupo Ceyta S.A.” contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Sexta, de 30 de noviembre de 2013 (rec 110/2012) que se casa y anula.*

SEGUNDO.- *Que debemos estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el “Grupo Ceyta S.A.” contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de enero de 2012 que se anula por lo que respecta a la sanción impuesta a dicha sociedad, debiendo calcularse de nuevo la sanción conforme a los criterios fijados en esta sentencia.*

La Sentencia, previamente, en su Fundamento Jurídico Octavo literalmente establece

(...) Por lo que respecta al efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores o sobre otros operadores económicos, la parte recurrente argumenta que si no se ha podido comprobar que los supuestos acuerdos del cártel se cumplieron, ni cuantificar los beneficios ilícitos generados por las empresas infractoras resulta imposible determinar los efectos producidos por la conducta anticompetitiva (...).

“Finalmente, la parte reprocha a la resolución sancionadora que, tras reconocer que no era posible determinar los beneficios obtenidos ni la concurrencia de circunstancias agravantes, no moderase la cuantía de la sanción imponiendo la multa en su grado máximo.

*En este punto ha de darse la razón a la parte recurrente, pues si el órgano sancionador no toma en consideración circunstancias agravantes ni atenuantes, al margen de lo ya razonado anteriormente, **NO ES POSIBLE IMPONER LA SANCIÓN EN SU GRADO MÁXIMO, PUES ELLO IMPLICARÍA PRESCINDIR DE LOS CRITERIOS DE GRADUACIÓN LEGALMENTE PREVISTOS.***

SEGUNDO.- La Resolución aprobada en el día de hoy, por la mayoría simple de esta Sala, aborda el mandato recibido ex Sentencia de la Excm. Sala de 9 de Diciembre del 2015 (**nuevo cálculo de la sanción a imponer**) anteriormente citada, diciendo textualmente (página 12 in fine y página 13)

“Siguiendo la precitada sentencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, efectos, características del mercado afectado, participación en la conducta de

la infractora, ausencia de atenuantes y agravantes– permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta. De acuerdo con todo lo señalado, esta Sala considera apropiado un tipo sancionador del 5,5% del volumen de negocios total de CEYTA en 2010.

*Por último, la citada sentencia del Tribunal Supremo insiste en la necesaria proporcionalidad que debe guiar el ejercicio de la potestad sancionadora y para eso hay que tener en cuenta “la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, **que puede o puede no**, simultáneamente operar en otros mercados”.*

*Cualquier valoración de la proporcionalidad hace necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta en el mercado afectado **bajo supuestos muy prudentes** (que es lo que puede denominarse beneficio ilícito potencial).*

En el presente caso, la multa que le correspondería a la infractora (783.914 euros) está muy lejos de superar el límite de proporcionalidad estimado, que está en el entorno de 5.800.000 euros, por lo que no es necesario reducir el tipo sancionador por motivos de proporcionalidad.

*La multa que le correspondería a la empresa infractora **DE ACUERDO CON EL NUEVO SISTEMA DE DETERMINACIÓN DE SANCIONES**, es decir, 783.914 euros, es inferior a la multa de la Resolución sancionadora original, que ascendió a 1.425.299 euros, por lo que no hay reformatio in peius y puede aplicarse la sanción que le corresponde a CEYTA en función de la gravedad de la conducta y de su participación en ella.*

De acuerdo con todo lo señalado, esta Sala considera que el tipo sancionador en el que se ha de determinar el importe de la multa debe ser el 5,5% DE SU VOLUMEN DE NEGOCIOS TOTAL EN EL 2010, lo que supondría una sanción de 783.914 euros.

A cuantos efectos procedan, decir desde ya

- (1) que la Resolución aprobada cuando textualiza “**la precitada sentencia del Tribunal Supremo o la citada sentencia del Tribunal Supremo**) se está refiriendo a la inicial de 29 de Enero del 2015 (Recurso de Casación 2872/2015) y no a la concreta y específica doctrina dictada el día **9 de Diciembre del 2015 (recurso de casación 978/2014)** de aplicación particularizada a este Expediente,
- (2) la textualización “**de acuerdo con el nuevo sistema de determinación de sanciones**” no es nuevo sino que viene siendo de obligada aplicación desde el año 2007 en el que se aprobó la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia y que, lamentablemente esta Sala no ha venido aplicando, de ahí que sea el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (Audiencia Nacional y Tribunal Supremo) quienes de forma continua, reiterada y uniforme **le recuerde**

la insoslayable obligación de aplicar la normativa legal que desarrollan los Artículos 62, 63 y 64 de la misma.

TERCERO.- La Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, ***normativa legal de aplicación a este Expediente Sancionador***, partiendo de haber sido calificada la conducta como una infracción muy grave (en Artículo 62) en el siguiente **ARTÍCULO 63 SANCIONES** ordena en su apartado 1 que se podrán imponer sanciones a aquellas que *“deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley”* y en lo concerniente a las infracciones muy graves el apartado c) que *“las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa”*.

El ejercicio inmediatamente anterior ***es el correspondiente al año 2011 y no al 2010*** como aplica la Resolución aprobada en el día, por mayoría simple, de la que **DISCREPO**.

El citado Artículo 63 contiene un ***mandato imperativo*** y su aplicación ***no es optativa o discrecional***, so pena de vulnerar los principios de legalidad y seguridad jurídica consagrados en el Artículo 9 CE; so pena de vulnerar lo prevenido en el Artículo 24.1 CE; so pena de vulnerar lo ordenado en el Artículo 103 CE apartado 1 in fine.

Y, obviamente al hacerlo, esta Sala conculca lo prevenido en los Artículos 7 (apartados 1 y 2) en concordancia y armonía y efectos de lo prevenido en el Artículo 6 (apartados 3 y 4), ambos del Código Civil.

En consecuencia, la Resolución aprobada deviene nula de pleno derecho, con valor erga omnes.

Por ello, al ser una declaración (la nulidad) preclusiva, me impide abordar ***la falta de motivación de la Resolución aprobada***, en la que ítem más incurre con el efecto de producir indefensión a la parte, vulnerando el derecho a un tutela judicial efectiva.

CUARTO.- En este orden de cosas y a mayor abundamiento, la doctrina jurisprudencial es clara en la que baso y apoyo mi **DISCREPANCIA**.

La Excmá. Sección Tercera, de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, el día **16 de Febrero del 2015 (Recurso de Casación 940/2012)** dicta Sentencia de la que fue Ponente el Excmo. Señor Magistrado Don Eduardo Calvo Rojas, en la que se pronuncia al efecto

*“La resolución explica que por esa vía (diligencia para mejor proveer) no obtuvo información directa acerca del volumen de facturación sino una estimación realizada por la propia TRANSCONT que la propia resolución rechaza por considerarla “a todas luces inverosímil”. La Comisión Nacional de la Competencia **procede entonces** a realizar su propia estimación partiendo para ello de datos de distinta procedencia y **referidos a anualidades diferentes**, pues la información que utiliza sobre el número de socios y la flota de camiones corresponde **al año 2006** mientras que el estudio y valoración del impacto económico producido por una huelga del transporte de contenedores en el puerto de Barcelona viene referido **al año 2000**.*

*“De este modo, conjugando datos de distinta procedencia y referidos **a anualidades diferentes**, la Comisión Nacional de la Competencia concluye su estimación señalando que **la facturación** de los asociados a Transcont es de 73,44 millones de euros y la de los asociados a Altc de 76 millones.*

*La resolución **no especifica a qué año vienen referidas tales estimaciones de facturación**, pero es claro **que no pueden ser al año 2007** pues, como acabamos de señalar ninguno de los datos utilizados por la Comisión **en sus cálculos se refiere a ese ejercicio (...)**.*

*“**NO PODEMOS ASUMIR** el modo de proceder que acabamos de describir pues el precepto legal señala con claridad que el límite máximo de la sanción es “...el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal”, **lo que significa que en este caso debe estarse al volumen de ventas del año 2007, sin que la norma HABILITE al órgano sancionador para sustituir esa referencia temporal por otra distinta, NI LE AUTORIZA a que proceda a la estimación del volumen de ventas mediante la conjugación y extrapolación de datos de procedencia tan dispar y referidos a anualidades diferentes.***

La misma Excm. Sala, siendo Ponente el Excmo. Señor Magistrado Don Eduardo Calvo Rojas, el mismo día 16 de Febrero del 2015 y en el marco del **Recurso de Casación 4182/2012** en el Fundamento de Derecho Séptimo se pronuncia en esa misma dirección y sentido. Y **añade en cuanto a la falta de motivación** en el último párrafo **in fine**

*“En fin, la resolución impugnada **también resulta contraria a derecho** al no establecer diferenciación alguna entre las asociaciones imputadas a la hora de graduar la sanción que se impone a cada una de ellas. Como antes hemos señalado, el que no conste acreditada la intervención de Altc en todas las actividades que conforman la actividad del cártel pone de manifiesto la menor amplitud e intensidad de la participación de Altc en la conducta infractora, lo que debe encontrar reflejo en la cuantificación de la sanción en virtud del principio de proporcionalidad (artículo 131 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre)”.*

QUINTO.- Lo anterior lo expuse en el momento procesal deliberativo sin que por parte de la Ponente, ni finalmente por la mayoría simple de esta Sala se tuvieran en consideración mis manifestaciones.

En consecuencia exoneró mi responsabilidad de lo finalmente acordado con la manifestación expresa que lo resuelto lo ha sido de forma consciente, libre y a sabiendas, obligándome a la formulación de este Voto Particular Discrepante.

Así, por este **MI VOTO PARTICULAR DISCREPANTE** lo pronuncio mando y firmo en Madrid fecha ut supra.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero D. Benigno Valdés Díaz en la presente Resolución, aprobada en la Sesión Plenaria de la SALA DE COMPETENCIA de la CNMC del día reflejado ut supra, en el marco del Expte. VS/0179/09 HORMIGÓN Y PRODUCTOS RELACIONADOS, empresa CANTERAS DE ECHAURI Y TIEBAS, S.A/GRUPO CETYA.

Mi discrepancia se explicita de este modo:

PRIMERO.- Considero que la *Resolución* aprobada no satisface la obligación, repetidamente recordada por el TS, de fijar la sanción pecuniaria en el porcentaje que resulte de forma ***debidamente motivada***. De la lectura de la *Resolución* es ***totalmente imposible*** conocer el procedimiento que da lugar a la multa impuesta. ***No existe posibilidad alguna*** de que de la lectura de la *Resolución* los sancionados puedan saber cómo resultan las cifras utilizadas (y ello contrasta con su extraordinaria finura numérica).

La *Resolución* dice (Pág. 12) lo siguiente: « [La] gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, efectos, características del mercado afectado, participación en la conducta de la infractora, ausencia de atenuantes y agravantes permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta. [De acuerdo con ello] esta Sala considera apropiado un tipo sancionador del 5'5%». Si estuviéramos ante una única empresa infractora, nada habría que objetar al hecho de que la valoración subjetiva de la mayoría le lleve a ese tipo de consideración «*global*». Ahora bien, la sancionada forma parte de un cártel y la individualización de su sanción no puede llevarse a cabo con abstracción de las demás empresas implicadas en él.

En consecuencia, la individualización de la sanción ex Art. 64 de la Ley 15/2007 *a fortiori* requiere un *procedimiento* más atinado que la simple apreciación subjetiva en cada caso. Es decir, debe existir un mecanismo preciso que, en función de lo estipulado en el Art. 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, produzca un resultado sancionador para la empresa CANTERAS DE ECHAURI Y TIEBAS S.A. que esté en consonancia con el asignado a cada una de las otras participantes en el cártel. Pues bien, *¿cuál ha sido, si alguno, ese procedimiento sancionador? No hay forma de saberlo.* Y en esas condiciones, *¿cómo puede CANTERAS DE ECHAURI Y TIEBAS S.A. hacerse una idea de la bondad de su sanción vis-a-vis las eventualmente asignadas a las demás participantes en el cártel? No puede.*

SEGUNDO.- La *Resolución* dice (Pág. 12-13) lo siguiente: « [...] el Tribunal Supremo insiste en la necesaria proporcionalidad que debe guiar el ejercicio de la potestad sancionadora [...] Cualquier valoración de la proporcionalidad hace necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría [sic] haber obtenido». Pues bien: *¿Cuál es el beneficio ilícito que, según la propia Resolución, resulta necesario para realizar «cualquier valoración de la proporcionalidad»? No se sabe.*

En relación con ello, los miembros de la SALA con cuyos votos ha sido aprobada la *Resolución* afirman poseer un método para realizar la «*estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría [sic] haber obtenido*» (Vid. Nota de pie de página N° 5). Pero el caso es que aunque llevo pidiendo conocerlo desde hace mucho tiempo, **y a pesar de ser miembro de la SALA**, aún no he conseguido verlo.

TERCERO.- La Resolución dice (Pág.13) lo siguiente: «*En el presente caso la multa que le correspondería a la infractora (783.914 euros) está muy lejos de superar el límite de proporcionalidad estimado, que está en el entorno de 5.800.000 euros, por lo que no es necesario reducir el tipo sancionador por motivos de proporcionalidad*». Pues bien:

(1) **¿Qué es el «límite de proporcionalidad»?** No se sabe. En lo que a mí se refiere no tengo el más mínimo inconveniente en que la mayoría de la SALA introduzca *nuevas categorías analíticas...* siempre que se proporcione su correspondiente *definición*. De otro modo, nadie –ni el administrado, ni sus representantes– puede saber de qué se está hablando con la seguridad exigible en una *Resolución*.

(2) **¿Y cómo es que su valor monetario «se ha estimado en el entorno [sic] de 5.800.000 euros»?** Tampoco se sabe y ningún lector de la *Resolución*, aun habiendo dedicado una vida a la Teoría Económica y el Análisis Econométrico, podría replicar esa estimación porque, en primer lugar, no se sabe qué es el «límite de proporcionalidad» (en otras palabras: hace falta saber lo que se quiere estimar para poder estimarlo). Pero el caso es que el misterioso «límite de proporcionalidad» y su –aún más misteriosa– estimación «*en el entorno [sic] de 5.800.000 euros*» no son intrascendentes porque –según afirma la *Resolución*– debido a ellos «*no es necesario reducir el tipo sancionador por motivos de proporcionalidad*».

CUARTO.- No me parece razonable que el administrado no pueda saber, a través de la propia *Resolución*, por qué se le ha impuesto una multa y no otra cualquiera. Que eso ocurra es el resultado de utilizar una doctrina sancionadora que **no** comparto. La discrepancia doctrinal ha sido expuesta en sucesivos votos particulares, comenzando en el *Expte. S/0469/13 FABRICANTES DE PAPEL Y CARTON ONDULADO*, **al que remito**. En mi opinión, es posible resolver de forma que el administrado conozca, a través de la propia *Resolución*, no sólo por qué ha sido sancionado, sino también por qué lo ha sido con una multa específica y no otra cualquiera.

Huelga decir que no me refiero a detallar en la *Resolución* los cálculos precisos que dan lugar a las multas, pues eso *ni tiene razón de ser ni hace falta en absoluto*. Me refiero a la necesidad de mostrar a los administrados el *iter argumentativo*. Considero que tanto ellos como sus representantes tienen derecho a conocer, no sólo el cuánto, sino también *el porqué* de la *específica* multa que se impone.

QUINTO.- Con objeto de cubrir las –a mi juicio– referidas faltas de motivación, ofrecí a la SALA la siguiente propuesta alternativa (*NB.*: se omiten % sancionadores y multas asignadas para no interferir con lo efectivamente impuesto en la presente *Resolución*):

«ANTECEDENTES

Con fecha 12 de enero de 2012 el Consejo de la extinta CNC dictó *Resolución* en el *Expediente S/0179/09 HORMIGÓN Y PRODUCTOS RELACIONADOS*. Entre otras decisiones, tomó la de sancionar a *CANTERAS ECHAURI Y TIEBAS, S.A. (GRUPO CETYA)* –una de las empresas imputadas– con multa de 1.425.299 euros. La empresa recurrió la *Resolución* ante la AN y solicitó la suspensión de la multa, que la AN concedió mediante Auto de 8 de mayo de 2012, condicionado a la aportación por la empresa de garantía equivalente que la propia AN declaró suficiente por Oficio de fecha 19 de septiembre de 2013.

Por Sentencia de 30 de noviembre de 2013 la AN desestimó el *Recurso* contra la *Resolución* de la CNC. La empresa recurrió la Sentencia ante el TS y –a pesar de la garantía constituida ante la AN– también procedió al pago de la multa con fecha 29 de mayo de 2015.

Por Sentencia de 9 de diciembre de 2015 (RC 978/2014) el TS anuló la *Resolución* de la CNC en lo que respecta a la multa impuesta y ordenó a la CNMC «*que cuantifique la sanción pecuniaria en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, tomando en consideración lo establecido en [la Sentencia del Alto Tribunal de 29 de enero de 2015 (RC 2872/2013)] y sin atender a los criterios sentados en la Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia*»

Con fecha XX de XXXXX de 2016, esta SALA de COMPETENCIA de la CNMC, con objeto de cumplir la STS, ha procedido al recalcuro de la multa aplicable a la recurrente, dictando la presente *Resolución*.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Legislación y jurisprudencia para el recalcuro de la multa.

Son de aplicación, entre otros, el Art. 62-4-a de ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que tipifica los hechos aquí examinados como *infracción muy grave*; y el Art. 63-1-c, indicativo de que esas infracciones deben ser sancionadas con un porcentaje, *dentro de la escala cero a diez*, del volumen de negocios *total* de la empresa en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. La jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo clarifica que por *volumen de negocios total* debe entenderse el *global/consolidado* de la empresa (por todas, STS de 29 de enero de 2015, *Recurso de Casación Núm. 2872/2013*).

En consecuencia, corresponde al órgano sancionador establecer, para cada empresa infractora y con arreglo a lo estipulado en el Artículo 64 de la citada Ley –incardinado en el mercado *afectado por la infracción*– la graduación de la sanción dentro de la escala 0%-10%. Como la jurisprudencia dicta que ese porcentaje debe aplicarse sobre el volumen de negocios *global/ consolidado*, surge una posibilidad de conflicto entre los dos objetivos que debe cumplir la sanción, a saber, *proporcionalidad* a la gravedad de infracción y *disuasión* de futuras conductas infractoras.

Dicha posibilidad de conflicto emerge porque mientras en el caso de las empresas unisectoriales (o uni-producto) el volumen de negocios *global/consolidado coincide en cada ejercicio con el afectado por la infracción*, en el caso de las empresas multisectoriales (o multi-producto) el primero es superior al segundo y en ocasiones por mucha diferencia. Puede ocurrir, entonces, que sobre la empresa multi-producto recaiga una sanción que, *a fuer de disuasoria*, devenga *desproporcionada a la gravedad de la infracción*, y entonces el órgano sancionador debe atender a lo dispuesto por el TS:

« [...] se ha hecho referencia a la finalidad disuasoria de las multas en materia de defensa de la competencia [...] Pero tal carácter no puede constituirse en prevalente [...] desplazando al principio de proporcionalidad.»

Ello plantea la necesidad de conocer con qué limitación opera el carácter disuasorio de las sanciones. En la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, el legislador no lo explicita, pero la jurisprudencia del TS lo ha acotado bastante:

«Las sanciones [...] en el ámbito del derecho de la competencia –que [...] no difiere en este punto de otros sectores del ordenamiento– han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener beneficios económicos derivados de las infracciones [...]. Si [...] el legislador considera oportuno incrementar el “efecto disuasorio” a cotas superiores, tiene capacidad normativa para hacerlo dentro del respeto a las exigencias constitucionales» [...] Aunque ello dependerá ya del legislador [...], un sistema general de multas que pretenda establecer un nivel de disuasión adecuado quizá debería implicar no sólo la ausencia de aquellos beneficios sino un plus [...] En todo caso, corresponde a la ley –y no a quien la ejecuta o la interpreta– establecer los [...] límites que el legislador considere oportuno para cumplir la finalidad disuasoria de las sanciones en esta área del ordenamiento jurídico»[Énfasis añadido].

En conclusión, el posible conflicto entre los objetivos de *disuasión* y *proporcionalidad*, que puede producirse como resultado de aplicar el porcentaje sancionador de los Arts. 63 y 64 al volumen de negocios *consolidado* de las empresas, ha de resolverse teniendo como referente el *beneficio ilícito* derivado de la acción infractora.

SEGUNDO.- Cuantificación de la sanción: Preliminar

El Artículo 64 establece los «*criterios*» a los que, «*entre otros*», se debe recurrir a la hora de determinar el porcentaje sancionador dentro de la escala 0% a 10% para cada empresa involucrada. La lista no es excluyente de otros criterios y por tanto la Ley otorga un margen de discrecionalidad al órgano sancionador para considerar en sus decisiones criterios adicionales que –en su parecer *motivado*– entienda apropiado. Así mismo, no todos los criterios que la Ley explícitamente menciona en el Art. 64-1 son independientes entre sí, de modo que *la utilización de alguno(s) ya incluye la utilización de otros*.

Sobre esa base se ha determinado la sanción que aparece en la *TABLA 1*. Para explicar su construcción, conviene realizar algunas consideraciones previas:

(1) La creación de un cártel constituye una infracción *muy grave*. Ello se debe a que, con carácter general, las conductas empresariales que se desvían del marco de la libre competencia entrañan una pérdida de bienestar social, y el cártel es una desviación máxima. Sin embargo, no todos los cárteles son iguales: su capacidad distorsionadora del mecanismo de mercado depende de en qué sector de la economía estén operando y, específicamente, la extensión en la que su producción se utiliza con insumo en la fabricación de otras mercancías. En el caso que nos ocupa, la incidencia es muy amplia, toda vez que el hormigón y los productos conexos aquí considerados son insumos esenciales para el sector de la construcción. Así, los pactos de precios y el reparto del mercado acreditados en el *Expediente* de referencia *a fortiori* distorsionan, a su vez, todo el sistema de precios del sector de construcción (civil y privada), incluyendo la fabricación de viviendas.

En virtud de esa capacidad de distorsión del sistema de precios, la pertenencia al cártel que nos ocupa (*específicamente* a éste cártel) merece en sí misma una sanción para cada empresa participante del [x%] dentro de la escala 0%-10%; por encima de ese nivel, *el reproche sancionador debe reflejar la contribución de cada empresa al daño efectivamente causado*, en el siguiente sentido: Aunque es imposible estimar el valor monetario del daño al bienestar *social* producido por el cártel, ese daño depende del volumen de ventas realizadas en régimen de cartelización, de modo que la *participación relativa* de cada empresa en el conjunto de las ventas cartelizadas *es una medida de la responsabilidad individual en la pérdida de bienestar social*, con independencia de cuál sea el valor absoluto de éste.

(2) La mencionada jurisprudencia del TS también clarifica la naturaleza de la escala sancionadora del Art. 63-1-c. En particular, el porcentual 10, «*por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable dentro de su categoría, ha de servir de referencia para, a partir de él*

y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse». También clarifica qué debe entenderse por «infracción más reprochable dentro de su categoría»:

« [...] Las conductas más próximas a las restrictivas de la competencia que el legislador considera de mayor reprochabilidad son [...] las que él mismo incluye y tipifica en el Código Penal, cuyo artículo 284.1 sanciona a quienes “empleando violencia, amenaza o engaño, intentaren alterar los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías [...] servicios o cualesquiera otras cosas [...] que sean objeto de contratación”. Se trata de conductas contrarias a la libre concurrencia cualificadas por el añadido de la violencia, la amenaza o el engaño».

Pues bien, de lo instruido en este Expediente no se aprecia que estemos ante esa clase de conductas extremas. Aunque la creación del cártel constituye en sí misma una infracción muy grave, no existe evidencia de que en su operativa hayan mediado violencia, amenaza o engaño por parte de alguno(s) de sus miembros contra otros.

Sobre la base de lo descrito, y tomando en consideración el hecho de que a pesar de la aludida naturaleza especialmente dañina de este cártel sus efectos han quedado circunscritos a una pequeña área del territorio nacional, la SALA considera que la sanción monetaria apropiada en ningún caso debe superar el nivel [y%] dentro de la escala sancionadora 0%-10%. En consecuencia, entre el general [x%] y el indicado máximo debe incardinarse el porcentaje sancionador apropiado a cada una de las empresas participantes en función de su responsabilidad individual (relativa). Eso es lo que aparece reflejado en la TABLA 1.

En su Resolución de 12 de enero de 2012, el Consejo de la extinta CNC delimitó para cada partícipe en el cártel el periodo de duración de la infracción. En el momento de redactar la presente Resolución, esta SALA conoce que la AN, en sentencia ahora firme, redujo el periodo de duración de la infracción de una de las empresas partícipes en el cártel, circunstancia que la SALA viene obligada a tomar en cuenta a la hora de establecer el grado de responsabilidad relativa de todas las empresas partícipes en la infracción. Sobre esa base se ha determinado el correspondiente volumen de negocios afectado (Columna 2). Esa columna incluye, pues, otros elementos del Art. 64, como la dimensión del mercado afectado, el alcance de la infracción y su duración. De ella resulta la Cuota de Responsabilidad Individual en el daño al bienestar social producido por el conjunto del cártel (Columna 3), que a su vez sirve para fijar el porcentaje sancionador de cada partícipe (Columna 5) como el [x%] general más la parte alícuota de responsabilidad en la pérdida de bienestar social ocasionada, una vez asignados [y-x] puntos porcentuales por ese concepto a la empresa que más ha contribuido a la citada pérdida.

TABLA 1.

NOTA: Se omiten los nombres de las empresas para respetar la confidencialidad de los datos, con la única excepción de la interesada en la presente Resolución. El volumen de negocio consolidado de la empresa CANTERAS ECHAURI Y TIEBAS, S.A. (GRUPO CETYA) en el año 2011 asciende a 15.491.417 € (Folio 963).

EMPRESAS PARTICIPANTES EN EL CARTEL	Volumen de negocio afectado por la infracción	Cuota de Responsabilidad Individual	Asignación Proporcional de y-x puntos porcentuales de acuerdo a la cuota de responsabilidad individual	Porcentaje sancionador (%) =x+Asignación Proporcional de y-x puntos porcentuales de acuerdo a la cuota de responsabilidad individual	Multa provisional =% sancionador aplicado al volumen de negocio consolidado en 2011
CANTERAS DE ECHAURI Y TIEBAS, S.A. (GRUPO CETYA)	24.809.565	28,0%	[...]	[...]	[...]
Empresa participante en el cártel con mayor participación en el daño causado al bienestar social	38.531.952	43,5%	y-x	y	y
Empresa participante en el cártel	14.549.165	16,4%	[...]	[...]	[...]
Empresa participante en el cártel	1.131.159	1,3%	[...]	[...]	[...]
Empresa participante en el cártel	9.585.285	10,8%	[...]	[...]	[...]
TOTAL	88.607.125	100%			

No procede modificar la sanción sobre la base de elementos que ya han sido tomados en cuenta para establecer el porcentaje sancionador del Art. 64 pues en caso contrario esos elementos serían computados más de una vez con el mismo propósito: precisamente determinar ese porcentaje. Pero *sí* cabe modificarla, en cambio, cuando se da alguna de las siguientes circunstancias: **1ª** La aplicación del citado porcentaje al volumen de negocio consolidado de la empresa produce, en el sentido expuesto en el Fundamento de Derecho PRIMERO, una multa que deviene desproporcionada a la gravedad de la infracción; **2ª** Existen elementos agravantes o atenuantes de la conducta individual; y **3ª** Dada la naturaleza de la sanción que nos ocupa, la multa no puede ser superior (*reformatio in peius*) a la impuesta por la extinta CNC.

TERCERO.- Modificación del porcentaje sancionador de la TABLA 1

Para comprobar si la aplicación de porcentaje sancionador de la *Tabla 1* al volumen de negocio consolidado de la empresa da lugar a colisión entre la *efectividad disuasoria* y la *proporcionalidad* de la sanción, es necesario conocer qué parte del beneficio de la empresa podemos considerar *ilícito*, es decir, atribuible a su acción infractora. La Teoría Económica demuestra que el *beneficio ilícito* ($\Delta\pi$) es el siguiente porcentaje de las ventas afectadas por la infracción (V), antes de la aplicación del IVA y otros impuestos relacionados:

$$\frac{\Delta\pi}{V} = \frac{\kappa[(1 + \eta)(1 + \kappa\xi) + \eta\xi]}{(1 + \eta)(1 + \kappa)(1 + \kappa\xi)},$$

En esta expresión, η es el margen de beneficio bruto sobre el coste unitario de producción *antes de la configuración del cártel*; κ es el sobreprecio atribuible a la cartelización y ξ es la elasticidad de la demanda:

$$\xi > -\frac{1 + \eta}{\kappa + \eta + \kappa\eta}$$

Sobre esa base podemos estimar el beneficio *ilícito* de cada una de las empresas partícipes.

(i) Estimación del parámetro η .

La *Central de Balances del Banco de España* proporciona estadísticas sobre el margen de beneficio bruto de diferentes sectores de la industria española, entre ellos el considerado en este *Expediente*. La serie cubre el periodo 2000-2015. Ahora bien, para poder identificar dicha serie con η es preciso realizar algunas transformaciones. En primer lugar, el *BdE* computa el margen de beneficio sobre el precio, no sobre el coste unitario. No computa $\eta = (P - c)/c$ sino $M = (P - c)/P$. Sin embargo, es sencillo traducir éste en aquél: $\eta = M/(1 - M)$.

En segundo lugar, el *BdE* determina el margen M sin tomar en cuenta la posibilidad de que en el sector esté operando un cártel. Sin embargo, nosotros sabemos que el sector aquí considerado estuvo afectado por un cártel (el que es objeto de este *Expediente*) desde el año 2008. En principio, y puesto que no hay constancia alguna de contrario, debemos considerar que el cártel no existía con anterioridad a esa fecha. En consecuencia, para estimar η a partir de M procede atribuirle a éste el valor medio de la serie que provee la *Central de Balances del BdE* para el periodo 2000-2007.

En tercer lugar, el *BdE* no proporciona el valor de M para cada una de las empresas, sino para el sector en su conjunto (*C235: Fabricación de cemento, cal y yeso*). No todas las empresas tienen el mismo poder de mercado y cabe esperar que el margen de beneficio individual esté por encima o por debajo de la mediana sectorial. Ahora bien, la utilización de esa mediana es apropiada a los efectos que ahora nos ocupan. De acuerdo con lo anterior resulta $\eta = 14'8\%$.

(ii) Estimación del parámetro κ .

Ningún organismo oficial posee datos sobre κ . Así pues, a la hora de asignarle un valor la Autoridad de Competencia ha de realizar una *conjetura informada*. En ese sentido, las estimaciones empíricas

le otorgan a κ un valor medio $\kappa = 13,78\%$ para una muestra internacional con todo tipo de cárteles (Vid. M. Boyer y R. Kotchoni, *The Econometrics of Cartel Overcharges, Scientific Series, March 2011*). Si la Autoridad de Competencia no posee la información necesaria para estimar de una forma alternativa el sobreprecio impuesto por el cártel sobre el que está resolviendo, resulta adecuado acudir al citado promedio.

(iii) *Estimación del parámetro ξ .*

Dados $\eta = 14'8\% = 0'148$ y $\kappa = 13'5\% = 0.135$, resulta $\xi > -3'78$. Con el fin de compensar cualquier posible sesgo en la estimación de los parámetros que pudiera perjudicar a las empresas participantes, tomamos $\xi = -3$ (es decir, un valor *muy* favorecedora para aquéllas).

(iv) *Estimación del beneficio ilícito como porcentaje de ingresos afectados.*

De lo expuesto resulta $\Delta\pi/V = 0'0416$. Para cada año en el que tiene lugar la infracción el *beneficio ilícito* de cada empresa participante equivale a 4'16% de las ventas afectadas. El de la empresa **CANTERAS ECHAURI Y TIEBAS (GRUPO CETYA)** asciende a:

$$\Delta\pi = (0'0416)(24.809.565\text{€}) = 1.032.077'9\text{€}$$

Así pues, como resultado de aplicar el % sancionador derivado del Artículo 64 al volumen de negocio *global/consolidado* en el ejercicio 2011, la multa impuesta (Vid. TABLA 1) resulta ser $N \leq 1$ veces el beneficio ilícito, por lo que no existe conflicto entre los objetivos de disuasión y proporcionalidad en el sentido indicado en el Fundamento de Derecho PRIMERO.

Por lo que respecta a una posible modificación de la sanción en virtud de la existencia de factores agravantes o atenuantes de la responsabilidad individual, esta SALA entiende que en el *Expediente* que nos ocupa tales factores no existen; y por último, la citada cifra es inferior a la multa impuesta por la *Resolución* recurrida, de modo que no incurre en *reformatio in peius*.

En virtud de lo señalado, vistos los preceptos legales arriba mencionados y los demás de general aplicación, esta **SALA de COMPETENCIA** de la CNMC, en su Sesión Plenaria del día XX de XXXXX de 2016,

HA RESUELTO

PRIMERO.- En ejecución de la STS de fecha de 9 de diciembre de 2015 (RC número 978/2014), *imponer a CANTERAS ECHAURI Y TIEBAS, S. A. (GRUPO CETYA) una multa de M Euros.*

SEGUNDO.- Ordenar la compensación entre dicho importe y los 1.425.299€ abonados con fecha 29 de mayo de 2015 (Folio 753) por **CANTERAS ECHAURI Y TIEBAS, S. A. (GRUPO CETYA)** como pago de la multa impuesta por la CNC, ahora recalculada en ejecución de la citada STS, devolviéndole la diferencia así como los intereses a los que en Derecho hubiera lugar.

SEXTO.- La anterior propuesta fue rechazada sobre la base de las [mismas] razones señaladas en el ya citado Voto Particular en el *Expte. S/0469/13 FABRICANTES DE PAPEL Y CARTON ONDULADO*, al que he remitido.

SÉPTIMO.- La *Resolución* dice (Pág. 12) lo siguiente: « [...] ha quedado acreditado que el cártel tuvo unos efectos directos en el mercado del hormigón que supondrían incrementos de precios por encima del 80% respecto al precio de dicho producto con anterioridad a la adopción de los acuerdos del cártel». Pues bien, yo no comparto esa idea. Lo único que ha quedado acreditado en el *Expediente S/0179/09 HORMIGÓN Y PRODUCTOS RELACIONADOS* es que en algún momento del desarrollo del cartel sus miembros *consideraron la posibilidad* de elevar el precio del hormigón en más de un

80%. Pero una cosa es que los miembros de un cártel consideren la posibilidad de elevar el precio en más del 80% y *otra que puedan hacerlo*. Un cártel no tiene poder para elevar el precio cuanto le venga en gana, porque se enfrenta a una restricción insuperable: la elasticidad de la demanda. En el caso que nos ocupa, para poder elevar el precio en más del 80% la elasticidad debe ser cercana a cero, cosa difícil por dos razones: (i) el territorio afectado por la infracción es muy pequeño, por lo que el aprovisionamiento, *incluso de hormigón*, pueda realizarse desde fuera de ese espacio económico; y (ii) las empresas afectadas por la infracción no constituyen la totalidad de la oferta en el propio mercado local, como la misma *Resolución* pone de manifiesto (Pág. 11): «*La cuota de mercado relevante afectada por la infracción no es conocida [aunque] puede deducirse que era bastante elevada*».

No es de extrañar, por tanto, que lejos de haber «*quedado acreditado que el cártel tuvo unos efectos directos en el mercado del hormigón que supondrían incrementos de precios por encima del 80% respecto al precio de dicho producto con anterioridad a la adopción de los acuerdos del cártel*», el Consejo de la extinta CNC, en su *Resolución* de 12 de enero de 2012, concluyera lo contrario (Pág. 114-115, énfasis añadido):

«[...] los acuerdos adoptados a principios de junio de 2008 por las empresas del cártel [...] encontrando indicaciones para vender a 78 €/m³ en los meses siguientes, lo que supondrían incrementos de precios por encima del 80% respecto al precio de dicho producto con anterioridad a la adopción de los acuerdos de fijación e incrementos de precios adoptados por las empresas del cártel [...] No obstante, es preciso tener en cuenta que las partes han presentado prueba documental que acredita que determinadas obras no fueron suministradas a los precios acordados, aunque en general sí a precios superiores a los que existían al tiempo de constituirse el cártel, como también existe prueba de que determinadas obras no fueron finalmente suministradas por las empresas que figuran en las hojas de adjudicación [...] [por lo que] no se ha podido determinar el grado de cumplimiento de los acuerdos anticompetitivos que conforman la infracción».

OCTAVO.- Por las objeciones expuestas no puedo, *en conciencia*, respaldar la presente *Resolución*.

Así por este mi Voto Particular Discrepante lo pronuncio y firmo en Madrid en la fecha señalada ut supra.