

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

(Expte. VS/0179/09, HORMIGON Y PRODUCTOS RELACIONADOS, empresa CEMENTOS PORTLAND VALDERRIVAS S.A.)

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 7 de diciembre de 2015 (recurso 586/2014) por la que se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de diciembre de 2013 (recurso 66/2012) dictada como consecuencia del recurso interpuesto por la empresa CEMENTOS PORTLAND VALDERRIVAS, S.A. (en adelante CPV) 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 CPV:

“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 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 limítrofe.*

Declarar responsables de esta infracción de cártel a:

1. (...) **CEMENTOS PORTLAND VALDERRIVAS, S.A.**, (...) 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:

(...) 5.726.431 € a CEMENTOS PORTLAND VALDERRIBAS 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 CPV (folio 130) la citada Resolución contra la que interpuso recurso contencioso administrativo (66/2012), solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la misma.
3. Mediante Auto de 27 de marzo de 2012, la Audiencia Nacional denegó la suspensión solicitada.
4. Con fecha 20 de abril de 2012, CPV procedió al pago de la sanción impuesta por importe de 5.726.431 €
5. Mediante Sentencia de 27 de diciembre de 2013, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) desestimó el recurso (66/2012) interpuesto por CPV contra la Resolución de 12 de enero de 2012, declarando ésta conforme a derecho. Contra ella se interpuso recurso de casación (586/2014).
6. Con fecha 7 de diciembre de 2015, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto por CPV frente a la referida sentencia, en el único extremo relativo al importe de la multa ordenando su recálculo. En fecha 2 de febrero de 2016 se recibió testimonio de la referida sentencia en esta Comisión.
7. Con fecha 31 de diciembre de 2015, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de CPV solicitando que ante la difícil situación financiera de la empresa, se procediera a la devolución del importe de la sanción, ingresado el 20 de abril de 2012, junto con los intereses devengados. Dicha petición ha sido reiterada mediante escritos de 15 de abril y 30 de mayo de 2016.

En el escrito presentado el 30 de mayo, CPV además de solicitar la devolución de la cantidad de 5.726.431€, considera que según lo recogido en la Sentencia del Tribunal Supremo la nueva multa debe determinarse atendiendo al volumen de negocios de su filial Canteras de Alaiz en el año 2010 que asciende a la cantidad de 9.297.042 euros (folios 993 a 997).

8. Con fecha 3 de mayo de 2012, la Dirección de Investigación en el marco del expediente SNC/0019/12, requirió a CPV la aportación de información sobre su volumen de negocios total en España, en el ejercicio 2011. Cabe señalar que el citado expediente SNC/0019/12 fue incoado a CPV por incumplimiento del deber de colaboración con la CNC al haber suministrado información incompleta en el expediente S/0179/09 objeto de la presente vigilancia.
9. CPV presentó escrito de contestación el 17 de mayo de 2012 (folio 887) señalando que su volumen de negocios total en España, en el ejercicio 2011 ascendió a 234.100.000 €.
10. Con fecha 6 de octubre de 2016, la Sala de Competencia dictó resolución de ejecución de sentencia en la que se procedía a ordenar la devolución de la cantidad pagada por CPV por importe de 5.726.431 euros.
11. Es interesado: CEMENTOS PORTLAND VALDERRIVAS, S.A.
12. 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 expediente S/0179/09, HORMIGÓN Y PRODUCTOS RELACIONADOS, impuso una multa de 5.726.431 € a CPV. Dicha empresa interpuso recurso contencioso administrativo contra la misma.

El recurso interpuesto fue inicialmente desestimado por Sentencia de 27 de diciembre de 2013 de la Audiencia Nacional. Mediante Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2015 se casa la Sentencia de la Audiencia Nacional y se estima parcialmente el recurso presentado por CPV, anulando la multa y ordenando su recálculo según los criterios expuestos en su fundamentación jurídica. La parte dispositiva de la Sentencia del Tribunal Supremo dispone, en particular:

“Segundo.- Estimar parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil CEMENTOS PORTLAND VALDERRIVAS, S.A. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de enero de 2012, recaída en el expediente S/0179/09 (hormigón y productos relacionados), que anulamos por ser disconforme a Derecho, en el dispositivo que concierne a la fijación de la sanción de multa, ordenándose a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia 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, en los términos fundamentados”.

TERCERO. Sobre la determinación de la sanción

3.1. Hechos probados y determinación de la sanción en la Resolución de 19 de octubre de 2011

Para la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo y la imposición de la sanción correspondiente a CPV hay que partir de los hechos acreditados que se imputan a dicha empresa en la Resolución de 12 de enero de 2012, que han sido corroborados por la Audiencia Nacional y que no se ven afectados por el carácter parcialmente estimatorio de la sentencia del 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, CPV (entre otros) fue declarada responsable 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, desde junio de 2008 y 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:

“La responsabilidad administrativa que se imputa a CPV en este expediente se inicia a principios de junio de 2008, pues ha quedado acreditado que el Director General para España de CPV 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 participantes en el cartel en la Comunidad Foral de Navarra y territorios limítrofes. Asimismo ha quedado acreditado que CPV 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.”

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 cartel

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 señalado en el párrafo anterior. En consecuencia se impuso a CPV una multa de 5.726.431 €.
- 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 f-, 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 C. 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 CPV no superaba el 10% de su volumen de negocios total en el ejercicio 2010¹.

¹ 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 260.402.000 euros (folio 870).

Cabe además hacer constar que la multa así calculada supuso una multa del **2,20%** 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 su fundamento quinto, en los que acoge los razonamientos jurídicos de su Sentencia de 29 de enero de 2015², 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 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”*, concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, *“lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al “todo” de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de “volumen total” se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción. Voluntad legislativa acorde con esta interpretación que, como bien recuerda el*

² También, en idéntico sentido, las sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015 (recursos 1476/2014 y 1580/2013), entre otras muchas.

voto particular, rechazó las propuestas de modificación del texto, expuestas en los trabajos preparatorios de su elaboración, que específicamente intentaban reducir el volumen de ventas a tan sólo las realizadas en el mercado afectado por la infracción”. Rechaza así la interpretación según la cual dicho porcentaje deba calcularse sobre la cifra de negocios relativa al sector de actividad al que la conducta o infracción se refiere.

- Dentro del arco sancionador que discurre hasta el porcentaje máximo fijado en el artículo 63 de la LDC, las multas deberán graduarse conforme a los criterios del 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.”*
- Por último, el FD 2º de la sentencia insiste en la necesaria disuasión y proporcionalidad que deben guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, junto con la precisa atención a los criterios de graduación antes apuntados. Así, señala en particular que el artículo 64 enumera criterios que *“inequívocamente remiten a 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.”* Añade más adelante que *“las sanciones administrativas previstas para el ejercicio de actividades económicas [...] han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener unos beneficios económicos derivados de las infracciones que resulten ser superiores a los costes (las sanciones) inherentes a la represión de aquéllas.”*

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

La infracción de la que es responsable CPV, que acredita la Resolución de 12 de enero de 2012 (S/00179/09) y confirman los Tribunales, 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, consta en el expediente que el 17 de mayo de 2012 CPV presentó en el marco del expediente SNC/0019/12, su facturación total en España, relativa al año 2011, siendo esta de 234.100.000 € (folio 887). Como se ha mencionado anteriormente, en la resolución original se utilizó el volumen de negocios

total en 2010³ porque el de 2011 no estaba todavía disponible. Sin embargo, como el volumen de negocios total en 2011 es menor que en 2010, no hay perjuicio para la empresa en utilizar el volumen de negocios total en el año anterior a la resolución original –como indica el art. 63 de la LDC–, que es el de 2011.

Además en su escrito de 30 de mayo de 2016, CPV presentó el volumen de negocios de Canteras de Alaiz en el año 2010, ascendiendo éste a la cantidad de 9.297.042 euros⁴. Sin embargo, CPV ha sido la empresa sancionada por la Resolución original, y fueron sus directivos los implicados en la conducta colusoria, por lo que el volumen de negocios total a los efectos de lo señalado en el artículo 63 de la LDC debe ser el de esta empresa y no el de su filial, aunque el volumen de negocios del mercado afectado que manifiesta la dimensión de la infracción será el referido exclusivamente al área geográfica de esta infracción e incluirá por tanto solo una pequeña parte de la actividad de CPV.

El porcentaje sancionador que debe aplicarse al volumen de negocios total de CPV en 2011 debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, siguiendo los criterios de la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

CPV 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 CPV conviene considerar los siguientes.

³ 260.402.000 euros (folio 870).

⁴ En el escrito de fecha 30 de mayo de 2016, CPV señala que Canteras de Alaiz (empresa participada en un 70% por CPV) era la única empresa filial de CPV que desarrollaba actividades de fabricación de mortero y hormigón así como de extracción de áridos en Pamplona y su área de influencia (a través de una única planta situada en la localidad de Tiebas, a 14 kilómetros de Pamplona), distribuyendo todos sus productos en el ámbito territorial de la comarca de Pamplona. Sin embargo, esto no concuerda con la información aportada por CPV, que detalla otras empresas filiales de la infractora, y que fue la información utilizada para estimar el volumen de mercado afectado en la resolución original.

De acuerdo con la información facilitada por CPV (folios 871 a 887), 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 2011	VNMA en 2008	VNMA en 2009
CPV	234.100.000 €	30.595.453 €	27.579.472 €

En lo referente a la duración, en el caso de CPV 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 CPV en el mercado afectado por la conducta durante la infracción se eleva a 39.642.105 €, resultado de sumar el VNMA correspondiente a los meses de junio a diciembre de 2008 (17.791.569 €) y el VNMA correspondiente a los meses de enero a septiembre de 2009 (21.850.535 €).

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 CPV en la conducta, medida como una proporción del mercado afectado, fue de un 43,0%. En comparación con el resto de empresas que formaron parte del cártel, presenta la cuota de participación más alta.

Por otra parte, no se aprecian circunstancias agravantes o atenuantes.

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 6,5% del volumen de negocios total de CPV 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”*.

En este sentido, aunque un tipo sancionador fuera proporcionado a la gravedad y características de la infracción cometida, la aplicación de ese porcentaje al volumen de negocios total de la empresa podría conducir a una sanción en euros que no respetara la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva, por ejemplo, cuando se trate de una empresa que actúa en otros mercados además de en el mercado afectado por la infracción. En el caso de CPV, el volumen de negocios medio anual en el mercado afectado durante la infracción es un 12,7% del volumen de negocios total de la empresa en 2011, lo que confirma que se trata de una empresa cuya actividad se desarrolla fundamentalmente en mercados distintos de los afectados por la conducta. Esto implica que si se les aplicara el tipo sancionador que les correspondería por la gravedad de la conducta y por su participación en ella, la sanción resultaría desproporcionada.

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 ⁵). En el presente caso la multa que le correspondería a la infractora (15.216.500 euros) superaría el límite de proporcionalidad estimado, que está en el entorno de 9.500.000 euros ⁶, por lo que es necesario reducir el tipo sancionador hasta que la multa no supere ese límite.

De acuerdo con todo lo señalado, esta Sala considera que el tipo sancionador adecuado para determinar el importe de la multa debe ser el 3,9% del volumen de negocios total de CPV en 2011, lo que supondría una sanción de 9.129.900 euros. Esta sanción, más reducida de lo que sería en principio adecuado a la gravedad y otras características de la infracción, se considera proporcionada para no penalizar a CPV por su condición de empresa multiproducto, de acuerdo con la citada sentencia del Tribunal Supremo.

Sin embargo, esta multa que le correspondería a la empresa infractora de acuerdo con el nuevo sistema de determinación de sanciones, es decir, 9.129.900 euros, es superior a la multa de la Resolución sancionadora original, que ascendió a 5.726.431 euros. De acuerdo con la prohibición de *reformatio in peius*, esta Sala considera que la multa que debe imponerse a CPV debe ser reducida hasta igualar la multa de la resolución original.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Imponer a CEMENTOS PORTLAND VALDERRIVAS S.A., en ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2015 (recurso 586/2014) que casa la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de diciembre de 2013 (Recurso 66/2012), 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 **5.726.431 euros**.

⁵ 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.

⁶ Esta cifra resulta de las subidas de precios derivadas de la cartelización que se acreditaron en la resolución original, mencionadas anteriormente y que no fueron 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 relativo a la empresa Cementos Portland Valderribas S.A.

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

PRIMERO.- Debemos partir de los siguiente 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.-** 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 de suministro de hormigón, mortero y áridos y el reparto del 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:

*(.....) **CEMENTOS PORTLAND VALDERRIBAS S.A.**, por la fijación de precios en el 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:*

*(.....) 5.726.431 € a **CEMENTOS PORTLAND VALDERIBAS S.A.***

***TERCERO.-** 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 66/2012).

La Ilma. Sala el día 27 de Diciembre del 2013 dictaba Sentencia en cuya Parte Dispositiva se dice

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de **CEMENTOS PORTLAND VALDERRIBAS 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 586/2014).

La Excm. Sala el día 7 de Diciembre del 2015 dictó Sentencia, en cuya Parte Dispositiva se dice

FALLAMOS

PRIMERO.- Declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por (...) **CEMENTOS PORTLAND VALDERRIBAS S.A.**, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 27 de diciembre de 2013, dictada en el recurso contencioso-administrativo 66/2012, **que casamos en lo que concierne a la determinación de la cuantificación de la sanción.**

SEGUNDO.- Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por (...) **CEMENTOS PORTLAND VALDERRIBAS S.A.**, contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de Enero de 2012, recaída en el expediente S/0179/09 (Hormigón y productos relacionados) **que anulamos por ser disconforme a Derecho**, en el dispositivo que concierne a la fijación de la sanción de multa, ordenándose a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que cuantifique la sanción pecuniaria conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, **en los términos fundamentados.**

SEGUNDO.- La Resolución aprobada en el día de hoy, por mayoría simple, de la que **DISCREPO**, a lo largo de 13 páginas **SOLAMENTE** aborda el cálculo de la sanción a imponer a **CEMENTOS PORTLAND VALDERRIBAS S.A.**, (ex mandato de la Sentencia de 7 de Diciembre del 2015) en las páginas 12 y 13 al decir textualmente lo siguiente

*“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 de 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 6,5% del volumen de negocios total** de Cementos Portland Valderribas 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 esto 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.

En este sentido, aunque un tipo sancionador **fuera proporcionado** a la gravedad y características de la infracción cometida, la aplicación de ese porcentaje al volumen de negocios total de la empresa **PODRÍA conducir a una sanción en EUROS** que no respetara la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva, **por ejemplo**, cuando se trate de una empresa que actúa en otros mercados además de en el mercado afectado por la infracción.

En el caso de CPV, el volumen de negocios medio anual en el mercado afectado durante la infracción es un 12,7% del volumen de negocios total de la empresa en 2011, lo que confirma que se trata de una empresa cuya actividad se desarrolla fundamentalmente en mercados distintos de los afectados por la conducta. Ello implica que si se les aplicara el tipo sancionador que les correspondería por la gravedad de la conducta y por su participación en ella, la sanción resultaría desproporcionada.

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 (15.216.500 euros) SUPERARÍA el límite de proporcionalidad estimado, que está EN EL ENTORNO de 9.500.000 euros, POR LO QUE ES NECESARIO REDUCIR EL TIPO SANCIONADOR HASTA QUE LA MULTA NO SUPERE ESE LIMITE.**

De acuerdo con todo lo señalado, **esta Sala CONSIDERA que el tipo sancionador adecuado para determinar el importe de la multa DEBE SER el 3,9% del volumen de negocios total de CPC en 2011, lo que supondría una sanción de 9.129.900 euros.**

Esta sanción más reducida de lo que **SERÍA ADECUADO** a la gravedad y otras características de la infracción, **SE CONSIDERA PROPORCIONADA PARA NO PENALIZAR A CVP** por su condición de empresa multiproducto, de acuerdo con la citada sentencia del Tribunal Supremo.

SIN EMBARGO, esta multa que le correspondería a la empresa infractora de acuerdo **CON EL NUEVO SISTEMA DE DETERMINACION DE SANCIONES**, es decir, 9.129.900 euros, es superior a la multa de la Resolución sancionadora original, que ascendió a 5.726.431 euros. De acuerdo con la prohibición de reformatio in peius, **ESTA SALA CONSIDERA QUE LA MULTA QUE DEBE IMPONERSE A CPV DEBE SER REDUCIDA HASTA IGUALAR LA MULTA DE LA RESOLUCIÓN ORIGINAL.**

TERCERO.- La Excm. Sala en la Sentencia de 7 de Diciembre del 2015 (Recurso de Casación 586/2014), de la que ha sido Ponente el Excmo. Señor Magistrado Don José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, arriba citada al decir **“en los términos fundamentados”** textualmente establece:

1º **“tampoco está vinculado el legislador nacional –y, en esa medida, el intérprete de las normas internas– por “los métodos de cálculo” diseñados en las “Directrices de la Comisión Europea para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a) del reglamento (CE) nº 1/2003 respecto de las cuales ha afirmado el**

Tribunal de Justicia que “(...) no constituyen ni una legislación, ni una legislación delegada en el sentido del artículo 290 TFUE apartado 1, ni la base legal de las multas impuestas en materia de competencia, que se adoptan tomando como único fundamento en el artículo 23 del reglamento 1/2003” (apartado 66 de la Sentencia de 18 de Julio de 2013 asunto C-501/11).

Otra cosa es que el legislador nacional, dentro de su legítimo margen de configuración normativa, hubiera decidido adoptar, de modo expreso y reconocido, las mismas pautas de fijación de las sanciones nacionales que figuran, en términos muy elementales, en el artículo 23 del reglamento 1/2002 (sin perjuicio de los problemas de constitucionalidad que ello pudiera suponer).

(...) Lo cierto es que la dicción del artículo 63 de la Ley 15/2007 diverge sensiblemente del artículo 23 del Reglamento 1/2003, hasta el punto de que se implanta en aquel la tipología diferenciada de las diversas infracciones (leves, graves y muy graves) y se asigna a cada una de ellas los intervalos correspondientes en términos de porcentajes del volumen de ventas total de las infracciones”.

2º “Las consideraciones que acabamos de hacer nos dispensan de afrontar con mayor extensión las delicadas cuestiones que se suscitarían, desde la perspectiva del respeto a las exigencias constitucionales, si pudiera prosperar –que no puede– la interpretación del artículo 63 de la Ley 15/2007 auspiciada por el Abogado del Estado (...).

Basta a estos efectos recordar que las garantías constitucionales (artículo 25.1) respecto de la predeterminación de las sanciones administrativas en TÉRMINOS TAXATIVOS harían muy difícilmente compatible con ellas un sistema a tenor del cual las sanciones pecuniarias pudieran ser fijadas sin haberse previamente establecido por Ley y a tales efectos, un intervalo o escala que comprenda la multa máxima. Un sistema que no fijase aquella escala y sólo contuviese una previsión para después ATEMPERAR el resultado del cálculo a un límite externo REDUCTOR se enfrentaría a serios problemas de compatibilidad con aquellas garantías constitucionales.

3º “En fin, aun cuando se admitiera una cierta colaboración reglamentaria (artículo 129.3 de la Ley 30/1992) para “introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de (...) sanciones establecidas legalmente” que contribuyan “a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes”, los reglamentos NO PODRIAN EN NINGUN CASO alterar la naturaleza O LÍMITES DE LAS SANCIONES QUE LA Ley contempla. Y de modo específico en el caso de las sanciones en materia de defensa de la competencia el Reglamento aprobado por Real Decreto 261/2008 de 22 de Febrero, SIMPLEMENTE no contiene preceptos aplicables a ellas, sin que tampoco se hayan atribuido a la Comisión Nacional de la Competencia potestades reglamentarias en la materia, careciendo de esta naturaleza y de carácter vinculante ad extra sus COMUNICACIONES”.

Esta Resolución administrativa aprobada en el día de hoy por mayoría simple, de la que **DISCREPO** contradice el imperio-autoritas de lo resuelto en la Sentencia de 7 de Diciembre del 2015, dictada por la Excm. Sala (Recurso de Casación 586/2014); la inaplica; y la desobedece.

Razones éstas que nos llevan a **CONCLUIR** diciendo que la Resolución es contraria a Derecho pues, una vez más, aplica de facto la Comunicación de

Sanciones declara ilegal por ser contraria a Derecho desde la inicial Sentencia de 29 de Enero de 2015 (Recurso de casación 2872/2013) hasta nuestros días.

Razón ésta suficiente para declarar nula de pleno derecho, con valor erga omnes, con amparo en lo prevenido en los Artículos 7 y 6 del Código Civil.

CUARTO.- En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, **dada la redacción** de esta Resolución, decir que la misma es nula de pleno derecho por vulneración de los principios de legalidad y seguridad jurídica, con vulneración a la tutela judicial efectiva por indefensión (ex Artículos 9 y 24.1 CE). Y ello en mérito a las siguientes consideraciones:

1ª Motivación de las Resoluciones.- A modo de simple cita y sin ánimo de agotar el tema, la **STS de 16 de Febrero 2015** ordena en sus varios pronunciamientos

“Sobre la interdicción de que los órganos judiciales y/o administrativos incurran en la violación del deber de motivación de sus decisiones, que garantizan los Artículos 24.1 y 120.3 CE, como un derecho fundamental reconocido a los ciudadanos”.

“Y ello como garantía esencial para el justiciable, mediante la cual es posible comprobar que la decisión adoptada es consecuencia de la aplicación razonada del Ordenamiento Jurídico y no fruto de la arbitrariedad; y que no impone SÓLO la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones formuladas SINO QUE ADEMÁS ÉSTA HA DE TENER UN CONTENIDO JURÍDICO” (por todas las SSTS 118/2006 de 24 de Abril; 67/2007 de 27 de Marzo; 44/2008 de 10 de Marzo; 139/2009 de 15 de Junio; 160/2009 de 29 de Junio).

En este mismo sentido la **STS de 30 de Septiembre 2009 Recurso de Casación 1435/2008** en la que sostiene

“el cumplimiento de los deberes de motivación y de congruencia se traduce, en síntesis, en una triple exigencia: (1) de un lado, la exteriorización de un razonamiento que siendo jurídico, por discurrir sobre aquello que en derecho pueda ser relevante, se perciba como causa de la decisión a la que llega el Juzgador; (2) de otro, la extensión de tal razonamiento, explícita o implícitamente, a las cuestiones que habiendo sido planteadas en el proceso necesitan ser abordadas por depender de ellas la decisión; y (3) en fin, una decisión cuyo sentido abarque inequívocamente todas las pretensiones deducidas. Por cuanto y en todo caso, las resoluciones deben ser claras, precisas y congruentes, a la par que motivadas”.

2º Principios de graduación y proporcionalidad.- La **STS de 22 de Mayo de 2015 Recurso de casación 658/2013** dictada por la Excm. Sección Tercera, de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, en el Fundamento de Derecho Séptimo establece los siguientes pronunciamientos

(...) es acorde con la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo expuesta en las Sentencias de 6 de Junio de 2007

(Recurso de casación 8217/2004) y 30 de Septiembre de 2013 (Recurso de casación 5632/2009) que **EXIGE** a la Administración que individualice la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho, **puesto que el ejercicio de la potestad sancionadora es de carácter reglado**; y está en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea expuesta en las Sentencias de 30 de Mayo 2013 (C-70/12) y 29 de Abril de 2015 (C-148/14) que **OBLIGA** a las autoridades administrativas sancionadoras y a los Tribunales de Justicia, en función del **CONTROL DE LA LEGALIDAD** de las sanciones administrativas impuestas, a **considerar la totalidad de las circunstancias de hecho o de derecho específicas**, así como a tener en cuenta el comportamiento del presunto responsable y la mala fe o el ánimo fraudulento, **a los efectos de determinar el importe de la sanción en la forma coherente y objetiva, con la debida observancia del principio de proporcionalidad**".

La **SAN de 30 de Enero del 2014 Recurso Contencioso-administrativo 422/2012** recuerda que

"constituye un principio esencial del derecho punitivo español la división en grados (mínimo, medio y máximo) dependiendo la fijación de la cuantía de la multa/sanción la concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad: eximentes, atenuantes y/o agravantes".

De ahí que partiendo en lo prevenido en los Artículos 62, 63 y 64 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, la doctrina jurisprudencial ha ido desarrollando, concretando y acotando, sobre la base de dichos preceptos normativos, lo siguiente debiendo valorarse

- (a) la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia
- (b) la dimensión y las características del mercado afectado
- (c) los efectos de la infracción en el mercado y sobre los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos
- (d) la duración temporal de la conducta restrictiva de la competencia
- (e) la reiteración y demás circunstancias modificativas de la responsabilidad
- (f) la distinción entre conductas plenamente deliberadas de las simplemente negligentes; o en las que coexistan mala fe o un ánimo fraudulento.

Y todo ello tendente **"a la discrecionalidad, que no arbitrariedad"** que la Ley concede al órgano sancionador y que debe ser ejecutada **"ponderando las circunstancias concurrentes en cada caso, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida; dado que toda sanción debe determinarse en congruencia con los señalados principios de tipicidad, proporcionalidad e individualización de la sanción, con la finalidad de adaptarla a la gravedad de la conducta"**.

QUINTO.- La simple lectura de lo acordado y resuelto es difícilmente asumible por cuanto, **sin motivación alguna**, lo mismo habla de un tipo sancionador del 6.5%; que en momento posterior lo eleva a un 12,7%; para inmediata y seguidamente concretar una cifra de 15.216.500 euros por ello en el entorno de 9.500.000 euros; para

considerar que el importe de la multa debe ser el 3,9%; pero que, en todo caso, al ser éste desproporcionado y en orden a no penalizar a la empresa, definitivamente igualar la multa con la original que inicialmente le fuera impuesta.

Este ***totum revolutum*** no termina con lo anteriormente escrito, sino que añade más distorsión, oscurantismo y confusión al decir textualmente

- (1) que sin embargo, esta multa que le correspondería a la empresa infractora “*de acuerdo con el nuevo sistema de determinación de sanciones*”. El imperio y aplicación de la Ley 15/2007 no es nuevo, por cuanto bajo su normativa se ha instruido este Expediente sancionador;
- (2) tras decir en párrafo anterior que “*en el caso de CPV el volumen de negocios medio anual en el mercado afectado durante la infracción es un 12,7% del volumen de negocios total de la empresa en 2011, lo que confirma que se trata de una empresa cuya actividad se desarrolla fundamentalmente en mercados distintos a los afectados por la conducta*”.

Por las razones expuesta **DISCREPO** de lo acordado y resuelto.

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 CEMENTOS PORLAND VALDERIVAS S.A.

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 6'5%». 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 CEMENTOS PORLAND VALDERIVAS 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 PORLAND VALDERIVAS 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) lo siguiente: « [...] si se les [sic] aplicara el tipo sancionador que les [sic] correspondería por la gravedad de la conducta y por su participación en ella, la sanción resultaría desproporcionada. Cualquier valoración de la proporcionalidad hace necesario realizar una estimación del beneficio ilícito [de] la entidad infractora». 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 de la conducta*» (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 (15.216.500 euros) superaría el límite de proporcionalidad, que se ha estimado en el entorno de 9.500.000 euros, por lo que es necesario reducir el tipo sancionador hasta que la multa no supere ese límite.*» 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 9.500.000 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 9.500.000 euros*» no son intrascendentes porque –según afirma la *Resolución*– debido a ellos «*es necesario reducir el tipo sancionador hasta que la multa no supere ese límite, [razón por la que] la Sala considera que el tipo sancionador adecuado para determinar el importe de la multa debe ser el 3'9% [...]*».

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 *CEMENTOS PORLAND VALDERIVAS S.A.* –una de las empresas imputadas– con multa de 5.726.431 euros. La empresa procedió al pago de la multa el 20 de abril de 2012 pero también presentó recurso contencioso-administrativo contra la *Resolución* ante la Audiencia Nacional, que lo desestimó mediante Sentencia de 27 de diciembre de 2013.

La *SAN* fue recurrida por la empresa ante el *TS* quien, por Sentencia de 7 de diciembre de 2015 (RC número 586/2014), la anuló «en lo que concierne a la determinación de la cuantificación de la sanción», ordenando a la CNMC «que cuantifique la sanción pecuniaria en el porcentaje que resulte, atendiendo a 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, y con pleno respeto al principio de proporcionalidad», y a que eso se haga siguiendo «la doctrina jurisprudencial expuesta en la sentencia del Alto Tribunal de 29 de enero de 2015 (RC 2872/2013)», lo que «implica la improcedencia de acometerlo con arreglo a las pautas establecidas en la Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la CNC, sobre la cuantificación de las sanciones [...]»

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* del ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción *coincide con el afectado por la infracción*, en el de las 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 *global/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 concurrencia 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 como 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 (Col. 4).

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 CEMENTOS PORLAND VALDERIVAS en el año 2011 asciende a 234.100.000€.

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
Empresa participante en el cártel	24.809.565	28,0%	[...]	[...]	[...]
PORLAND VALDERIVAS, S.A.	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. 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 partícipes, 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 partícipe equivale a 4'16% de las ventas afectadas. El de la empresa *PORLAND VALDERIVAS* asciende a:

$$\Delta\pi = (0'0416)(38.531.952\text{€}) = 1.602.929,2\text{€}$$

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>1*] veces el beneficio ilícito derivado de la infracción. Esto es lógico porque concurren todos los elementos necesarios para que tenga lugar esa situación: una empresa en la que anualmente la actividad afectada por la infracción sólo representa un pequeño porcentaje de su ingreso global/consolidado y un corto periodo de duración de la infracción.

Esa brecha entre la función disuasoria de la sanción y la exigible proporcionalidad al daño efectivamente causado no es asumible con la legislación vigente (*vid* Fundamento de Derecho PRIMERO). Fuera de toda duda la legitimidad de opinar que la vigente legislación en materia de defensa de la competencia puede no ser suficientemente disuasoria. Pero la *CNMC* no tiene potestad para, *adelantándose al legislador*, suplir esa posible carencia de la Ley con sus propios criterios. Por ello resulta apropiada una multa de 1.602.929,2€. En adición, no se aprecia la existencia de agravantes o atenuantes de la responsabilidad individual de la recurrente; 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*. La sanción queda establecida en multa de 1.602.929,2€.

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 Sesión Plenaria del día reflejado *ut supra* ha

RESUELTO

PRIMERO.- En ejecución de la STS de fecha de 7 de diciembre de 2015 (RC número 586/2014), *imponer a CEMENTOS PORLAND VALDERIVAS, S.A. una multa de 1.602.929,2€.*

SEGUNDO.- Ordenar la compensación entre dicho importe y los 5.726.431€ que fueron abonados por *CEMENTOS PORLAND VALDERIVAS, S.A.*, devolviéndole la diferencia así como los intereses a los que en Derecho hubiera lugar, en atención a la solicitud realizada por la empresa el día 31 de diciembre de 2015.»

QUINTO.- 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 CARTÓN ONDULADO*, al que he remitido.

SEXTO.- En adición a la ya señalada imposibilidad, a mi juicio, de conocer el procedimiento a través del cual ha resultado la multa impuesta en la presente *Resolución*, estimo oportuno mencionar lo siguiente: La multa impuesta antes de la corrección por *reformatio in peius* (que es asunto ajeno a lo que ahora nos ocupa), es – cualquiera que haya podido ser el misterioso procedimiento seguido en su determinación– 9.129.900€, y sobre ella la *Resolución* dice lo siguiente (*Pág.13*): «*Esta sanción, más reducida de lo que sería en principio adecuado a la gravedad y otras características de la infracción, se considera proporcionada para no penalizar a CPV por su condición de empresa multiproducto*».

Ahora bien, el beneficio ilícito de la sancionada es 1.602.929,2€, de modo que la multa es 5´6 veces el beneficio ilícito. Es decir: en esta *Resolución*, una multa que es 5´6 veces el beneficio ilícito se considera que es proporcionada; y –solo a modo de ejemplo– en el *Expte. VS/0241/10, NAVIERAS CEUTA-2, empresa FORDE REEDEREI SEETOURISTIK IBERIA, S.L.*, deliberado y resuelto en la misma sesión de la SALA, la multa impuesta, que es 2 veces el beneficio ilícito, *también* se considera proporcionada (*Vid. Voto Particular en ese Expediente*).

Por las razones que he expuesto más arriba, no me parece atinado que, *adelantándose al legislador*, la CNMC pueda aplicar ***sus propios criterios*** de disuasión en materia sancionadora (*criterios que, además, no hace explícitos*).

SÉPTIMO.- La *Resolución* dice (*Pág. 11*) 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 percepción. 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.