

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

(Expte. VS/0179/09, HORMIGÓN Y PRODUCTOS RELACIONADOS, empresa CEMEX ESPAÑA, S.A.)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a Clotilde de la Higuera González

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

Secretario

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 19 de enero de 2017

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, HORMIGÓN Y PRODUCTOS RELACIONADOS cuyo objeto es la ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de diciembre de 2013 (recurso 91/2012), por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto por la empresa CEMEX ESPAÑA, S.A. en relación con la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 12 de enero de 2012 (Expediente S/0179/09, HORMIGÓN Y PRODUCTOS RELACIONADOS).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 12 de enero de 2012, en el expediente S/0179/09, HORMIGÓN Y PRODUCTOS RELACIONADOS, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), en relación a CEMEX ESPAÑA, S.A. (CEMEX) acordó:

“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 limítrofes.
Declarar responsables de esta infracción de cártel a:*

2. (...)CEMEX ESPAÑA SA por la fijación de precios del suministro de hormigón, así como la participación en un reparto de mercado en lo relativo al hormigón, en la Comunidad Foral de Navarra y zonas limítrofes, desde junio de 2008 y hasta al menos el 22 de septiembre de 2009.. (...)

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

- *502.283 €, a CEMEX ESPAÑA 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 CEMEX la citada Resolución (folio 131), contra la que interpuso recurso contencioso administrativo (91/2012) solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la misma.
3. Mediante Auto de 10 de julio de 2012, la Audiencia Nacional acordó la suspensión solicitada exclusivamente en cuanto a la multa impuesta, condicionada a la aportación de garantía por importe de 502.283 €. Garantía que fue declarada suficiente por Providencia de la Audiencia Nacional de 1 de octubre de 2012.
4. Mediante Sentencia de 12 de diciembre de 2013, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó parcialmente el recurso (91/2012) interpuesto por CEMEX contra la Resolución de 12 de enero de 2012, anulando ésta en cuanto a la cuantificación de la multa, ordenando a la CNMC que realice un nuevo cálculo de la multa. Contra ella CEMEX interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina (3250/2014).
5. Con fecha 26 de febrero de 2015, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en ejecución provisional de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de diciembre de 2013, resolvió imponer a CEMEX la multa de 279.641 euros. Dicha Resolución fue notificada a CEMEX el 2 de marzo de 2015 (folio 577.1) contra la que planteó un incidente de ejecución de sentencia solicitando su anulación.
6. Con fecha 3 de julio de 2015, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por CEMEX frente a la Sentencia de Audiencia Nacional de 12 de diciembre de 2013.
7. Mediante Auto de 31 de octubre de 2016, la Audiencia Nacional estimó el incidente

de ejecución planteado por CEMEX, dejando sin efecto la Resolución de ejecución provisional de la Sentencia de la Audiencia Nacional, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC el 26 de febrero de 2015.

8. Es interesado: CEMEX ESPAÑA, S.A.
9. La Sala de Competencia deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 19 de enero de 2017.

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 la sentencia de la Audiencia Nacional

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 502.283 € a CEMEX contra la que interpuso recurso contencioso administrativo.

El recurso interpuesto fue estimado parcialmente por Sentencia 12 de diciembre de 2013 de la Audiencia Nacional, confirmada mediante Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2015, en la que se anula la multa ordenando que se reduzca en los términos declarados en la propia Sentencia, confirmando en todo lo demás la Resolución de 12 de enero de 2012.

La Sentencia de la Audiencia Nacional en su Fundamento jurídico 7 considera lo siguiente:

"7. Por último, en la demanda se articula un tercer bloque de fundamentos jurídicos que, con carácter subsidiario, habrían de conducir a estimar parcialmente el recurso con reducción de la sanción impuesta.

En efecto, la resolución impugnada imputa a la actora una infracción del artículo 1 cuya duración se extendería **desde junio de 2008 hasta al menos el 22 de septiembre de 2009**.

Dicha duración, no obstante, no ha tenido en cuenta, tal y como por la actora se alega, la salida de CEMEX del mercado considerado en el expediente, por la cesión de sus plantas a VRESA, el 8 de septiembre de 2008.

La duración del cártel para cada empresa afectada ha de comprender el período temporal desde que comienza su respectiva participación en él hasta que deja definitivamente de tomar parte en el mismo.

Así se reconoce en la propia resolución impugnada:

"Consta acreditado que, para la zona de Pamplona, las empresas se repartieron inicialmente el 1 suministro del hormigón en los porcentajes siguientes: 42% para BERIAIN, 26% para CETYA, 13% para CPV, 13% para CEMEX y 6% para CTH (HP 72 a 75). No obstante, este inicial acuerdo de reparto del mercado del hormigón se modificó por dos circunstancias sobrevenidas. En primer lugar por el hecho de que CTH finalmente decidiese no participar en los acuerdos anticompetitivos (HP 24), y en segundo lugar por el hecho de que **en septiembre de 2008 CEMEX enajenó a favor de VRESA (filial al 50% de CPV v CETYA) cuatro de sus cinco plantas de hormigón situadas en Navarra (HP 46), entrando desde esta fecha VRESA a formar parte del acuerdo de cártel (HP 77)**. Así, consta acreditado que en una reunión entre directivos de BERIAIN y CPV se discutió del cupo asignado a CEMEX (donde BERIAIN habría propuesto "Repartir el cupo de CEMEX pagando lo que sea", a lo que CPV se opuso; HP 76), quedando finalmente fijadas las cuotas de hormigón en: 13,76% para CPV, 21,51% para CETYA, 44,97% , para BERIAIN, y 13,76% para VRESA (según resulta de las tablas de control del acuerdo incautadas en la inspección de la sede de BERIAIN; HP 77)"

Consta, en efecto, en el expediente que HORMICEMEX se desprendió de cuatro de sus plantas en Navarra el 8 de septiembre de 2008 por lo que dejó de participar en el cártel; sin que sea suficiente, a juicio de la Sala, la referencia a la planta de Tudela que, al parecer y según la apreciación de la propia CNC "NO FUNCIONA".

En definitiva, hemos de corregir el período de tiempo tomado en consideración para el cálculo de la multa, ya que **la actora sólo habría participado en la infracción sancionada un total de dos meses y ocho días**, período de tiempo que ha de

tenerse en consideración para la modulación del importe de la sanción, con la consiguiente estimación del recurso en cuanto a este único extremo se refiere.”

Por lo que en su Fundamento de Derecho 8 concluye que *“De lo anterior deriva la procedencia de estimar parcialmente el recurso en lo referente a la cuantía de la multa impuesta, que deberá ser graduada de nuevo por la CNC teniendo en cuenta la reducción del periodo considerado, con la consiguiente reducción proporcional en la cuantía correspondiente.”*

TERCERO. Sobre la determinación de la sanción a imponer a CEMEX

Para la ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional y la imposición de la sanción correspondiente a CEMEX 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, a excepción del período en el que CEMEX habría participado en la infracción sancionada, que la Audiencia Nacional considera de dos meses y ocho días, siendo por tanto la duración de la infracción desde el 1 de julio al 8 de septiembre.

La infracción que acredita la Resolución de 12 de enero de 2012 (y confirma la Audiencia Nacional) de la que es responsable CEMEX 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.

Constan en el expediente que CEMEX presentó su volumen total de negocios en el año 2010, siendo este de 380.689.000 euros (Folio 7239) que es el que se utilizó en la Resolución original porque el de 2011 no estaba todavía disponible. Sin embargo, de acuerdo con los datos del Registro Mercantil, como el volumen total de negocios en 2011 (329.772.000 euros) es menor que el de 2010, no hay perjuicio para la empresa en utilizar el volumen total de negocios del año anterior a la resolución original –como indica el artículo 63 de la LDC- que es el de 2011.

De acuerdo con la información facilitada por CEMEX (folios 3612 y 7239), el volumen de ventas del mercado afectado por la infracción en el período corregido por la Sentencia de la Audiencia Nacional –es decir, del 1 de julio al 8 de septiembre- es de 1.864.276 euros, que es el resultado de sumar el volumen de negocios del mercado afectado correspondiente a julio y agosto más la parte proporcional del volumen de negocios de septiembre que fue efectivamente afectado por la infracción, es decir [...]

	Julio 2008	Agosto 2008	Septiembre 2008
Volumen de negocios generados por la fabricación y venta de hormigón en la Comunidad Foral de Navarra	[...] €	[...] €	[...] €

Teniendo ello en cuenta, si para la duración inicialmente considerada por la CNC (desde junio de 2008 hasta 22 de septiembre de 2009), al que le correspondía un volumen de negocios en el mercado afectado por la infracción para CEMEX de 3.348.550 euros y una sanción de 502.283 euros, a la duración determinada por la Audiencia Nacional (del 1 de julio al 8 de septiembre) que supone un volumen de negocios en el mercado afectado para CEMEX de 1.864.276 euros, le correspondería una sanción de 279.641 euros. Esta sanción es muy inferior al límite legal máximo del 10% del volumen de negocios total de CEMEX en 2011, límite que ascendía a 32.977.200 euros.

No obstante, si la sanción se determinara de acuerdo con los razonamientos jurídicos del Tribunal Supremo atendiendo a la jurisprudencia iniciada con su Sentencia de 29 de enero de 2015 y otras posteriores, el porcentaje sancionador que debería aplicarse al volumen de negocios total de CEMEX en 2011 debería determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, siguiendo los criterios de la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Así, CEMEX 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.

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

Como se ha indicado, el volumen de ventas del mercado afectado por la infracción en el período corregido por la sentencia de la Audiencia Nacional –es decir, del 1 de julio al 8 de septiembre– es de 1.864.276 euros.

La cuota de mercado relevante afectada por la infracción no es conocida con exactitud. 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, como 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.

Sin embargo, la participación de CEMEX en la conducta, medida como una proporción del mercado afectado, fue de un 2,1%. En comparación con el resto de empresas que formaron parte del cártel, presenta la cuota de participación más baja.

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

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 4,5% del volumen de negocios total de CEMEX en 2011.

Por último, desde su Sentencia de 29 de enero de 2015, el Tribunal Supremo ha recordado 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 CEMEX, el volumen de negocios medio anualizado en el mercado afectado durante la infracción es un 3% 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*¹). En el presente caso la multa que le correspondería a la infractora (14.839.740 euros) superaría el límite de proporcionalidad estimado, que está en el entorno de 900.000 euros², por lo que es necesario reducir el tipo sancionador hasta que la multa se ajuste 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 0,25% del volumen de negocios total de CEMEX en 2011, lo que supondría una sanción de 824.430 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 CEMEX 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, 824.430 euros, es superior a la multa de la Resolución sancionadora original reducida proporcionalmente al volumen de negocios en el mercado afectado correspondiente al período determinado por la Audiencia Nacional en su Sentencia de 12 de diciembre de 2013 -confirmada mediante Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2015- de 279.641 euros, como se ha indicado anteriormente, por lo que sería de aplicación la prohibición de *reformatio in peius*.

Así pues, esta Sala considera que debe imponerse a CEMEX una multa de 279.641 euros.

¹ 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.

² 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.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Imponer a CEMEX ESPAÑA, S.A. en ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de diciembre de 2013 (Recurso 91/2012), 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, HORMIGÓN Y PRODUCTOS RELACIONADOS), la multa de **279.641 euros**.

Comuníquese esta Resolución a la Audiencia Nacional y a la Dirección de Competencia, y notifíquese a las partes interesadas haciéndoles 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.