



Roj: **SAN 2970/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:2970**

Id Cendoj: **28079230062018100342**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **12/07/2018**

Nº de Recurso: **614/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **ANA ISABEL RESA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000614 / 2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05295/2017

Demandante: CEMENTOS PORTLAND VALDERRIVAS S.A.

Procurador: D^a. MARÍA CONSUELO RODRÍGUEZ CHACÓN

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a doce de julio de dos mil dieciocho.

Visto el recurso contencioso administrativo núm. 614/2017 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **CEMENTOS PORTLAND VALDERRIVAS S.A.** representada por la Procuradora Sra. Rodríguez Chacón frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, contra la resolución dictada en fecha 3 de noviembre de 2016 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia mediante la cual se le impuso una sanción de 5.726.431 euros de multa en ejecución de lo resuelto por el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 7 de diciembre de 2015 . Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado, habiendo sido Ponente la Ilma. Sra. **D^a ANA ISABEL RESA GÓMEZ** , Magistrada de la Sección.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala dictase sentencia por la que declarase nula dicha resolución.

SEGUNDO. - El Abogado del Estado contesta a la demanda mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO. - Solicitado y recibido el pleito a prueba, fue practicada la que propuesta se declaró pertinente con el resultado obrante en autos y tras evacuar las partes el trámite de conclusiones quedaron los autos conclusos y pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que tuvo lugar el día 11 de julio de 2018, en el que efectivamente se deliberó, votó y falló, habiéndose observado en la tramitación del presente recurso todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Es objeto del presente recurso contencioso administrativo la resolución dictada con fecha 3 de noviembre de 2016 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente VS/0179/09, HORMIGÓN Y PRODUCTOS RELACIONADOS, cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

"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.

SEGUNDO. - La adecuada resolución de la cuestión que se somete a esta Sala exige realizar el siguiente relato de hechos:

-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."

En dicha resolución (expediente nº 179/09 HORMIGÓN Y PRODUCTOS RELACIONADOS) se declaraba acreditada la existencia de una infracción de cártel del artículo 1 de la Ley 15/2007 , 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. Dicha resolución imponía una sanción por importe de 5.726.431 €, a Cementos Portland Valderrivas.

- Frente a dicha resolución, se interpuso recurso contencioso administrativo que se tramitó ante esta Sala con el número 66/2012 y finalizó con sentencia de fecha 27 de diciembre de 2013 cuyo fallo literalmente decía que procedía: *"DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de CEMENTOS PORTLAND VALDERRIBAS SA 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.*

- 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.- Para la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo y la imposición de la sanción correspondiente a CPV, la CNMC parte 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 concreto y respecto de CPV fue declarada responsable de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, 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.

Tras explicar la CNMC como fijó la sanción en la resolución inicial, expone como lo ha hecho en la resolución ahora impugnada, siguiendo los criterios expuestos en la STS de 29 de enero de 2015, partiendo de la cuantificación del volumen de negocio del mercado afectado (VNMA) y la cuota de participación de cada empresa en el mismo.

A continuación, como veremos, tiene en cuenta los siguientes factores: gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, participación en la conducta de la infractora, etc.- lo que le 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.

Y estas circunstancias, que aparecen no solo recogidas en la resolución impugnada sino también motivadas, son las que la CNMC toma en consideración para obtener el tipo sancionador que corresponde aplicar a cada entidad infractora, de acuerdo con la gravedad y circunstancias de la conducta, y su respectiva participación en ella. El tipo infractor se aplica sobre el volumen total de ventas de la empresa.

De acuerdo con todo lo señalado, la CNMC 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.

CUARTO.- La CNMC atiende a los parámetros que resultan de la aplicación del artículo 64.1 de la LDC y lo hace en base a los siguientes criterios:

-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 no puede deducirse con claridad pero debe entenderse que era bastante elevada.

- Ámbito geográfico: Comunidad Foral de Navarra y zonas limítrofes.

- El cartel tuvo efectos directos en el mercado de hormigón lo que supondría un incremento de precios por encima del 80% y el precio de los áridos se incrementó en un 34%.

- Una de las consecuencias del cartel ha sido la producción de efectos en cascada puesto que el incremento de precios en cemento y áridos afecta a todos los elementos de la construcción.

- La participación de CPV en la conducta fue de un 43% en el mercado afectado.

- No concurren circunstancias atenuantes ni agravantes.



- 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 2011.

QUINTO.- La parte recurrente alega como fundamento de su pretensión anulatoria: Que el cálculo de la multa debió hacerse sobre la base del volumen de negocios de Canteras Alaiz; que la resolución de ejecución de la CNMC no está suficientemente motivada, que no ha tenido en cuenta otras circunstancias a la hora de ejecutar la sentencia como que las ventas afectadas por la infracción representan una proporción reducida del volumen de negocios total de CPV o que la infracción no ha tenido efectos significativos en el mercado y que la nueva multa calculada es excesiva y desproporcionada.

En cuanto a la primera cuestión debe destacarse que la resolución de ejecución explica con claridad, en el apartado 3.3, que " *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* ".

Efectivamente, ya en el recurso contencioso-administrativo 66/2009 la parte actora planteó dicha cuestión, que fue respondida por esta Sala en los siguientes términos; términos a los que debemos atenernos en su integridad y que declaran que CPV es la unidad económica que realiza la conducta:

"En este caso tal como señala la CNC, CPV no sólo tiene poder de dirección sobre las sociedades que consolidan el grupo (HYMPSA y Canteras de Aláiz) sino también sobre 7 empresas participadas: dada la presencia, directa o través de filiales, de CPV en el capital social y en el órgano de administración de todas ellas (filiales y participadas), el hecho de ser el suministrador estable o único de cemento de todas esas sociedades y, en particular y el hecho de que la misma persona que acude a las reuniones operativas del cártel en representación de CPV pertenezca al órgano de administración de tales sociedades. A ello hay que añadir que algunas de estas empresas participadas por CPV son consideradas por sus competidores como filiales del Grupo Portland. Así, CEMEX afirma que entre sus principales competidores en Navarra para el hormigón en los años 2007 y 2008 está el "Grupo Portland Valderrivas a través de sus filiales HORMAVASA (Hormigones en Masa de Valtierra SA), Hormigones Delfín y Hormigones Reinales" (folios 2669 y 2670, del Tomo XIV). Asimismo, los folios 2487-2488 del expediente (T XII) contienen fotocopia de un correo electrónico interno de CPV, de 4 de mayo de 2009, en el que se hace constar que su socio en Hormigones Delfín le había informado de que BERIAIN estaba ofertando a precios inferiores a los del acuerdo, y que tal socio no sólo llamaba para informar sino "para buscar respuestas por nuestra parte para hacer frente a esta situación". Es decir, un contacto directo o petición de instrucciones que no es propio entre empresas que se afirman competidoras. Por tanto el sujeto infractor no es Canteras Alaiz sino CPV que es la unidad económica que realiza la conducta."

SEXTO.- En segundo lugar alega la parte recurrente que la Resolución de Ejecución de la CNMC no está debidamente motivada ya que no puede conocerse el procedimiento y las razones que han llevado a imponer la misma multa que en la Resolución original.

En este sentido, debemos atender a lo que señala el TJUE en la sentencia correspondiente al asunto C-194/14 (ACTreuhand AG) cuando afirma que *"En la medida en que ACTreuhand recrimina al Tribunal General haber considerado erróneamente que la Comisión había motivado suficientemente su decisión en lo que respecta a los criterios adoptados para fijar las multas impuestas, ha de señalarse que, a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C295/12 P, EU:C:2014:2062 , apartado 181)"*.

SÉPTIMO.- Y en cuanto al volumen total que debe tomarse en consideración para el nuevo cálculo de la multa, éste es el volumen total de negocios de la empresa, y no el referido a la concreta actividad.

A este respecto debe recordarse lo dicho por el Tribunal Supremo en la sentencia correspondiente al recurso 3854/2013 (aunque referido a la interpretación del artículo 63 de la Ley 15/2007) en relación a los límites para el cálculo de la multa *"la noción de volumen total del negocio que se contempla en el apartado primero del artículo 63 de la Ley de Defensa de la Competencia , al establecer las sanciones correspondientes a las infracciones leves, graves y muy graves, se refiere a la cifra total de negocio de la empresa infractora en todas*



sus actividades, comprendidas las de sus filiales y participadas, en este caso hasta el porcentaje que les corresponde. Por otra parte, los porcentajes de 1, 5 y 10 % de los tres tipos de infracciones, son el rango en que se pueden mover las correspondientes sanciones (0-1%, 0-5% y 0-10%), en función de la gravedad, duración y demás circunstancias moduladoras de la sanción que contempla el apartado 1 del artículo 64 (entre las que se encuentra las dimensiones y características del mercado afectado) y de las circunstancias agravantes y atenuantes previstas en los apartados 2 y 3 del mismo precepto; no son los referidos máximos, en cambio, un umbral de nivelación, como sostiene también el Abogado del Estado".

Esta sentencia se remitía a la anterior, también dictada por el Tribunal Supremo, en el recurso 2872/2013 donde, entre otras consideraciones relevantes, se afirmaba que: *"La expresión "volumen de negocios" no es en sí misma conceptualmente diferente de la expresión "volumen de negocios total", como se ha destacado con acierto. Sin embargo, cuando el legislador de 2007 ha añadido de modo expreso el adjetivo "total" al sustantivo "volumen" que ya figuraba, sin adjetivos, en el precepto análogo de la Ley anterior (así ha sucedido con el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 frente a la redacción del artículo 10.1 de la Ley 16/1989), 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 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".*

OCTAVO.- Por tanto consideramos que la resolución impugnada, en la determinación de la nueva sanción ha aplicado correctamente los criterios que el TS ha establecido en su sentencia de 29 de enero de 2015, ha tomado en consideración los parámetros a los que el artículo 64 de la LDC establece, entre los cuales se encuentran, como ha quedado expuesto, los que la actora menciona, no habiéndose vulnerado ninguno de los principios que se denuncia, como se ha expuesto, ni resulta desproporcionada atendiendo al tope o límite máximo del 10% que fija la Ley, lo que nos lleva a desestimar la demanda por entender que la sentencia dictada en el recurso 66/2012 ha sido correctamente ejecutada y que el cálculo del nuevo importe de la sanción se ha realizado conforme a lo indicado por la sentencia que se ejecuta y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, las costas procesales de esta instancia habrán de ser satisfechas por la parte recurrente.

FALLAMOS

Que **DESESTIMAMOS** el recurso contencioso-administrativo, interpuesto por la representación procesal de **CEMENTOS PORTLAND VALDERRIVAS S.A.** contra la Resolución de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los mercados y la Competencia de 3 de noviembre de 2016 mediante la cual se ejecuta la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7 de diciembre de 2015, resolución que confirmamos por ser conforme a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la parte actora.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su **no** tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 12/07/2018 doy fe.