



Roj: **SAN 2179/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:2179**

Id Cendoj: **28079230062018100258**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **05/06/2018**

Nº de Recurso: **209/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **JOSE GUERRERO ZAPLANA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000209 / 2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01754/2017

Demandante: CEMEX

Procurador: D^a. MARIA JOSE BUENO RAMIREZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a cinco de junio de dos mil dieciocho.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. 209/2017, promovido por la Procuradora de los Tribunales D^a. MARÍA JOSÉ BUENO RAMIREZ, en nombre y en representación de **CEMEX**, contra la Resolución de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los mercados y la Competencia de 19 de enero de 2017 mediante la cual se ejecuta la sentencia de esta Sala y Sección de fecha 12 de diciembre de 2013, recaída en el recurso número 91/2012 cuyo objeto era la resolución de la CNC de fecha 12 de enero de 2012.

Ha sido parte en autos la Administración demandada representada por el Abogado del Estado.



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 que dicte sentencia por la que ordene a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que en su lugar dicte una nueva resolución que, en ejecución de la Sentencia de esa Ilma. Sala, de 12 de diciembre de 2013, imponga a CEMEX una sanción de 77.352,94 euros.

SEGUNDO. - El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitó se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto.

TERCERO. - No habiéndose solicitado trámite de vista y tras el trámite de conclusiones escritas, se declararon concluidas las presentes actuaciones y quedaron pendientes para votación y fallo.

CUARTO. - Para votación y fallo del presente proceso se señaló inicialmente para el día 30 de Mayo, designándose ponente al Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Es objeto del presente recurso contencioso administrativo la Resolución de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los mercados y la Competencia de 19 de enero de 2017 mediante la cual se ejecuta la sentencia de esta Sala y Sección de fecha 12 de diciembre de 2013, recaída en el recurso número 91/2012 cuyo objeto era la resolución de la CNC de fecha 12 de enero de 2012

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

- Mediante resolución de fecha 12 de enero de 2012 de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre sanciones (expediente nº 179/09 HORMIGÓN Y PRODUCTOS RELACIONADOS) por la que 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 502.283 €, a CEMEX ESPAÑA SA.

- Frente a dicha resolución, se interpuso recurso contencioso administrativo que se tramitó ante esta Sala con el número 91/2012 cuyo fallo literalmente decía que procedía: "ESTIMAR EN PARTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la COMPAÑÍA VALENCIANA DE CEMENTOS S.A., CEMEX ESPAÑA S.A., contra Resolución dictada por la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 12 de enero de 2012 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia la cual confirmamos por su conformidad a Derecho, excepto en el concreto extremo de la cuantía de la multa impuesta que deberá reducirse en los términos declarados".

- En ejecución de esta sentencia se ha dictado la resolución que ahora es objeto de recurso y que impone a la recurrente una multa por importe de 279.641 euros.

La *sentencia de esta Sala* que anuló en parte la resolución de fecha 12 de Enero de 2012 se había basado en el siguiente razonamiento: "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.

8. 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.- La *resolución objeto de recurso* justifica el nuevo importe fijado como multa en el siguiente razonamiento: "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, añade otro sistema de cálculo atendiendo a los parámetros que resultan de la aplicación del artículo 64.1 de la LDC y lo hace atendiendo a los siguientes criterios:



- El volumen de ventas del mercado afectado por la infracción el periodo corregido por SAN de 1 de Julio a 8 de Septiembre es de 1.864.276.
- 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 CEMEX en la conducta fue de un 2,1% 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 4,5% del volumen de negocios total de CEMEX en 2011.

Finalmente, concluye la resolución que "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.

CUARTO.- La parte recurrente pretende una reducción del importe de la multa proporcional a la reducción del tiempo de infracción que pasó de 14 meses y 22 días a solo 2 meses y 8 días. De este modo, propone que se fije una sanción de solo 77.352,94 euros.

Es cierto que la resolución recurrida ha efectuado la adaptación al plazo atendiendo al volumen de negocios en Navarra en el tiempo que se fija como de duración del cartel con lo que, en claro perjuicio para la postura mantenida por el recurrente, con una reducción tan sustancial del tiempo, la reducción del volumen de negocio ha sido apenas de un 50% llevando una correlativa reducción del importe de la sanción también al 50% (aproximadamente).

No obstante, la resolución recurrida ha efectuado un cumplimiento escrupuloso de la sentencia que se ejecuta y ello pues ha tomado en consideración el volumen de negocio de la recurrente en el periodo en que se entiende cometida la infracción. El recurrente pretende una simple adaptación temporal pero la CNMC ha efectuado una adaptación atendiendo a los datos de volumen de ventas de los meses de Julio, Agosto y ocho primeros días de Septiembre.

Si se hubiera pretendido por la sentencia dictada por esta Sala una simple adaptación temporal (aplicando una regla de tres), no habría sido necesario que esta Sala en la sentencia correspondiente al recurso 91/2012 hubiera efectuado una remisión a ejecución de la resolución y se habría procedido a la adaptación aplicando dicha regla por la misma sentencia anulatoria inicial.

Por todo ello, procede la desestimación de la demanda por entender que la sentencia dictada en el recurso 91/2012 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.



QUINTO.- 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 Procuradora de los Tribunales MARÍA JOSÉ BUENO RAMIREZ, en nombre y en representación de **CEMEX** contra la Resolución de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los mercados y la Competencia de 19 de enero de 2017 mediante la cual se ejecuta la sentencia de esta Sala y Sección de fecha 12 de diciembre de 2013, recaída en el recurso número 91/2012 cuyo objeto era la resolución de la CNC de fecha 12 de enero de 2012, 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 07/06/2018 doy fe.