

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Expte. VS/0179/09, HORMIGÓN Y PRODUCTOS RELACIONADOS, empresa HORMIGONES BERIAIN, S.A.

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep María Guinart Solà

D^a Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 14 de febrero de 2019

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente VS/0179/09, HORMIGÓN Y PRODUCTOS RELACIONADOS cuyo objeto es la ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2013 (recurso 563/2015) por la que se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de marzo de 2014 (recurso 111/2012) dictada como consecuencia del recurso interpuesto por la empresa HORMIGONES BERIAIN, 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 HORMIGONES BERIAIN, S.A. (BERIAIN) 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:

1. (...) **HORMIGONES BERIAIN SA (BERIAIN)** por la fijación de precios del suministro de hormigón, mortero y áridos, así como la participación en un reparto de mercado, en la Comunidad Foral de Navarra y zonas limítrofes, desde junio de 2008 hasta al menos el 22 de septiembre de 2009. (...)

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

- 2.508.758 €, a **HORMIGONES BERIAIN 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 BERIAIN la citada resolución (folio 130), contra la que interpuso recurso contencioso administrativo (111/2012) solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la misma.
3. Mediante auto de 23 de mayo de 2012, la Audiencia Nacional acordó la suspensión solicitada exclusivamente en cuanto a la multa impuesta, condicionada a la aportación de garantía. Esta garantía fue declarada insuficiente por Providencia de la Audiencia Nacional de 16 de noviembre de 2012.
4. Mediante sentencia de 26 de marzo de 2014, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) desestimó el recurso (111/2012) interpuesto por BERIAIN contra la resolución de 12 de enero de 2012. Contra la citada sentencia BERIAIN interpuso recurso de casación (563/2015).
5. Con fecha 1 de marzo de 2018, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo resolvió el recurso de casación interpuesto frente a la referida sentencia, estimando parcialmente en lo relativo al importe de la multa, ordenando su recalcular, conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007.

Esta Comisión recibió el 30 de agosto de 2018 testimonio de la sentencia.

6. Con fecha 3 de noviembre de 2010 la Dirección de Investigación de la CNC requirió a BERIAIN la aportación de su volumen de negocios total, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados, en el año 2009 y 2010 así como los volúmenes de negocios anuales generados por la fabricación y venta de hormigón,

de mortero y de áridos en la Comunidad Foral de Navarra y territorios limítrofes mencionados en el Pliego de Concreción de Hechos del expediente de referencia, de la empresa BERIAIN, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados, en los años 2008 y 2009, desglosado por años.

Según consta en la base de datos del registro mercantil, el importe neto de la cifra de negocios de BERIAIN en el año 2011, año anterior a la resolución, asciende a 22.217.819¹ euros (folios 1328 a 1380, 1434 a 1533).

7. La Sala de Competencia deliberó y falló esta resolución en su sesión del día 14 de febrero de 2019.

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 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 2.508.758 € a BERIAIN contra la que interpuso recurso contencioso administrativo.

El recurso interpuesto fue inicialmente desestimado por sentencia de 26 de marzo de 2014 de la Audiencia Nacional. Mediante sentencia de 1 de marzo de 2018, el Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto por BERIAIN y ordenó

¹ Incluye sociedades participadas y filiales.

a la CNMC a que cuantifique la sanción pecuniaria conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la ley 15/2007, de 3 de julio.

TERCERO. Sobre la determinación de la sanción.

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

Para la ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo y la imposición de la sanción correspondiente a BERIAIN 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 los Tribunales.

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, BERIAIN (entre otros) fue declarada responsable de una infracción de cártel del artículo 1 de la LDC, consistente en la fijación de precios del suministro de hormigón, mortero y áridos, así como la participación en un reparto de mercado, en la Comunidad Foral de Navarra y zonas limítrofes, desde junio de 2008 hasta al menos el 22 de septiembre de 2009.
- En particular, según lo señalado en el FD 7º, sobre la individualización de la responsabilidad de cada empresa en la infracción del cartel acreditada:

“En cuanto a BERIAIN, el Consejo considera acreditado que el Director General para España de BERIAIN participó en una de las reuniones iniciales del cártel, en concreto, la celebrada en el Hotel Tres Reyes de Pamplona el día 3 de junio de 2008, acordando con las demás empresas del cártel los términos generales de los acuerdos del cártel en cuanto a la fijación de los precios del hormigón, los morteros y los áridos, así como el reparto de mercado entre las empresas del cártel en la Comunidad Foral de Navarra y territorios limítrofes. Asimismo, ha quedado acreditado que BERIAIN participó en las reuniones operativas del cártel celebradas posteriormente con las demás empresas del cártel, en las que se concretaron determinados aspectos de los acuerdos adoptados, fijando cuotas de reparto, y se realizó un seguimiento de los acuerdos del cártel. En conclusión, BERIAIN es responsable desde el 3 de junio de 2008 de haber participado en los acuerdos de fijación de precios del suministro del hormigón, mortero y áridos, así como de reparto del mercado de dichos productos en la Comunidad Foral de Navarra y territorios limítrofes (...).”

La sentencia que ahora se ejecuta obliga a reconsiderar 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:

- Cálculo del importe básico de la sanción: el Consejo consideró adecuado fijar el importe básico de la sanción en el 15% del volumen ponderado de ventas afectado por la infracción. La resolución afirma en la página 109 que *“a los efectos de cuantificar la sanción que corresponda imponer a Beriain como responsable de la infracción de cártel acreditada, este Consejo tendrá en cuenta el volumen de negocio realizado por aquellas 12 sociedades durante el tiempo de duración acreditada en el cártel,”*
- Atenuantes y agravantes: no se apreciaron circunstancias atenuantes ni agravantes a tener en cuenta para ninguna de las empresas imputadas.
- Límite del 10%: por último, se comparó el importe básico de las sanciones propuestas con el límite legal máximo del 10% del volumen de negocios total de las empresas el año anterior a la sanción, como se indica en el artículo 63 de la LDC. En este caso, el importe básico de la sanción era superior al límite legal máximo, por lo que la sanción se redujo al límite legal. La resolución explica que: *“En el caso de Beriain, para determinar el límite del 10% al que alude el artículo 63.1.a) de la LDC, al volumen de negocios realizado en 2010 por ella y sus filiales se ha sumado el volumen de negocios correspondiente a 2009 de las demás sociedades que, según la información disponible en el expediente, conforman unidad económica con BERIAIN, por ser el último dato conocido en el expediente”*.
- La determinación de la multa por la CNC se resume en la siguiente tabla:

Entidades infractoras	Mercado afectado ponderado por antigüedad de la infracción	Porcentaje aplicado (%)	Importe básico de la sanción (€)	Límite 10%	Multa Impuesta (€)
BERIAN	37.268.267	15	5.590.240	2.508.758	2.508.758

3.2. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo.

De acuerdo con los razonamientos jurídicos de la sentencia del Tribunal Supremo que aquí se ejecuta, la determinación de la sanción deberá adecuarse a los criterios expresados en la doctrina del Alto Tribunal, iniciado en su sentencia de 29 de enero de 2015².

En este sentido, debe tenerse en cuenta, en esencia, lo siguiente:

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

- 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. Tales 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”*. 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.”
- 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”*.

Sobre la base de estas premisas ha de concluirse que la nueva determinación de la sanción deberá concretarse en un arco que discurre del cero al 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio anterior al de dictarse resolución. Dentro de dicho arco sancionador, la multa deberá determinarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la Ley 15/2007.

3.3. Criterios para la determinación de la sanción basados en los hechos acreditados.

La infracción que acredita la resolución de 12 de enero de 2012 de la que es responsable BERIAIN 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.

BERIAIN 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.

El volumen de negocios total de BERIAIN para 2011 asciende a 22.217.819 euros que incluye participadas y filiales de acuerdo con la resolución original y la Sentencia de la Audiencia Nacional, extremo que confirma el Tribunal Supremo³.

³ *“Pues bien esta Sala, de acuerdo con las consideraciones ya hechas también en las precitadas sentencias, ha de corroborar la conclusión alcanzada por la CNC en la resolución impugnada entendiendo que todas ellas formaban parte de una unidad económica teniendo en cuenta esas concretas*

El porcentaje sancionador que se aplicará en el presente expediente al volumen de negocios total de la entidad infractora debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la resolución de 12 de enero de 2012 VS/0179/09, HORMIGÓN Y PRODUCTOS RELACIONADOS, (empresa HORMIGONES BERIAIN, S.A.), siguiendo los criterios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En cuanto a las características del mercado afectado (art. 64.1.a), según la resolución (p. 113), *“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. 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.*

Por lo que se refiere a la cuota de mercado de las entidades responsables (art. 64.1.b) la resolución original indica que no es conocida. Sin embargo, *“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 (art. 64.1.c).

En lo referente a la duración (art. 64.1.d), la resolución (p. 113) según lo establecido en el fundamento de derecho séptimo, considera el inicio del cártel a principios de junio de 2008, manteniéndose en vigor los acuerdos de fijación de precios y reparto de mercados

circunstancias y características especiales que concurren en el presente caso (participación accionarial, composición de los órganos de administración, amén de otros datos constatados en el expediente) reveladoras del nexos y la vinculación tomada en cuenta por la CNC en la resolución impugnada, sin que ello implique ninguna confusión patrimonial ni siquiera utilización abusiva de la personalidad jurídica de las sociedades participadas”.

al menos hasta la realización de las inspecciones por la CNC el 22 de septiembre de 2009.

En cuanto a los efectos (art. 64.1. e), 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.

Los anteriores criterios permiten realizar una valoración general de la infracción de cara a su graduación general, que se completa con la individualización derivada de la concreta participación de la empresa en la conducta.

En cuanto a la efectiva dimensión del mercado afectado por su infracción (art. 64.1.a), la tabla siguiente recoge el volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA) durante los meses de la infracción. Asimismo, a efectos de la individualización de las sanciones, se muestra la cuota de participación de la entidad en el VNMA total de la infracción, teniendo en cuenta todas las empresas infractoras, y no sólo la que es objeto de esta resolución de recálculo.

Entidad infractora	Volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA, €)	Participación en el VNMA total (%)
BERIAIN	40.118.253	35,0

No se acreditaron atenuantes ni agravantes.

Siguiendo la precitada jurisprudencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, características y dimensión del mercado afectado, ámbito geográfico de la conducta, duración de la infracción, participación de la infractora en la conducta, concurrencia de agravantes– permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen de negocios total, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta de la empresa infractora.

El tipo sancionador que corresponde aplicar a Beriain, de acuerdo con la gravedad y circunstancias de su conducta y con su respectiva participación en ella, así como la correspondiente sanción en euros, se muestran en la tabla siguiente:

Entidad infractora	Tipo sancionador total (% del volumen de negocios total)	Multa derivada del tipo sancionador fijado (€)
BERIAIN	6,2%	1.377.505

En aras de aplicar adecuadamente el principio de proporcionalidad de la sanción, deben valorarse las cifras precedentes tomando en consideración, por una parte, el peso de la actividad que esta empresa dedica al mercado afectado por la infracción en relación al total de su volumen de negocio; por otra, la cifra de la sanción propuesta debe compararse con una estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta –bajo supuestos muy prudentes⁴– al que se aplica un factor incremental por motivos de disuasión.

Sin embargo, en el caso de la entidad infractora que es objeto de este recálculo, la sanción que le corresponde de acuerdo con la valoración de su conducta durante la infracción no sobrepasa el valor de referencia (beneficio ilícito potencial por el factor de disuasión) estimado para ella. Esto es coherente con el elevado volumen de negocios en el mercado afectado. Por tanto, no procede realizar ningún ajuste sobre la multa derivada del tipo sancionador recogido en la tabla anterior.

Esta sanción que corresponde imponer a BERIAIN es inferior a la impuesta por la resolución original de la CNC, por lo que no hay *reformatio in peius*.

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

HA RESUELTO

ÚNICO. - Imponer a HORMIGONES BERIAIN, S.A. en ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2018 (Recurso 563/2015), 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 **1.377.505 euros**.

⁴ 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 resulta posible, los supuestos que se han asumido se fundamentan en datos de las propias empresas infractoras, o bien en bases de datos públicas referidas al mercado relevante, como las *ratios sectoriales de las sociedades no financieras* publicadas por el Banco de España (base RSE).

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, 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, sin perjuicio de la posibilidad de interponer recurso contencioso administrativo ordinario, en el plazo de dos meses desde el día siguiente al de notificación de la resolución, de acuerdo con lo resuelto por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.