



Roj: **SAN 6439/2024 - ECLI:ES:AN:2024:6439**

Id Cendoj: **28079230062024100830**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **02/12/2024**

Nº de Recurso: **612/2019**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso: 0000612/2019**

**Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

**Núm. Registro General: 4683/2019**

**Demandante: HORMIGONES BERIAIN, S.A.**

**Procurador: DON ALBERTO HIDALGO MARTÍNEZ**

**Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA**

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

### **SENTENCIA Nº:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D<sup>a</sup>. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a dos de diciembre de dos mil veinticuatro.

Se ha visto ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número **612/2019**, el recurso contencioso-administrativo formulado por **HORMIGONES BERIAIN, S.A.** representada por el procurador don Alberto Hidalgo Martínez contra el acuerdo de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 14 de febrero de 2019, en 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, en el expediente sancionador S/0179/09, HORMIGÓN Y PRODUCTOS RELACIONADOS.

Ha sido parte la Administración General del Estado defendida por el abogado del Estado.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.**-Por la actora se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado en los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante decreto, y con reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO.**-Se formalizó la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando con la estimación del recurso y la nulidad de la resolución impugnada.

**TERCERO.**-El abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, pide la desestimación del recurso.

**CUARTO.**-Recibido el pleito a prueba, tras el trámite de conclusiones, quedó pendiente de señalamiento para votación y fallo, señalándose el día 27 de noviembre del año en curso, en que efectivamente se deliberó y votó.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. don Santos Gandarillas Martos, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**-Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo formulado por HORMIGONES BERIAIN, S.A. (en adelantes BERIAIN) contra el acuerdo de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 14 de febrero de 2019, en 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, en el expediente sancionador S/0179/09, HORMIGÓN Y PRODUCTOS RELACIONADOS

La resolución impugnada estableció en su parte dispositiva «[Ú]NICO.- 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 [...]».

Destacamos los siguientes extremos relevantes para la resolución del presente litigio que se recogen en el acuerdo sancionador y que enmarcan los términos en los que se desarrolló el procedimiento.

1.- El 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 BERIAIN acordó: «[P]RIMERO. - 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 [...]».

2.- Contra la anterior resolución BERIAIN interpuso recurso contencioso administrativo nº 111/2012, solicitando medida cautelar que le fue concedida.

3.-La sentencia de 26 de marzo de 2014, dictada por la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional estimó en parte el recurso, frente a la que se interpuso recurso de casación.

4.- Por sentencia de 1 de marzo de 2018, el Tribunal Supremo, se estimó parcialmente en cuanto a la multa, ordenando su recálculo, conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007.

5.- El 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. También fue requerida para que aportara 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, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados, en los años 2008 y 2009, desglosado por años.

6.- Figura 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 el 14 de febrero de 2019, aprobó la resolución objeto del presente recurso.



**SEGUNDO.**-La demanda, en primer lugar, dice que la infracción del artículo 64.1 de la LDC, en la medida en que la CNMC, ya que ha estimado el importe de la sanción impuesta sobre una cifra incorrecta de volumen de negocios en los mercados afectados y ha valorado erróneamente algunos de los criterios para la determinación de su sanción, concretamente los previstos en los apartados a), b) y g). A continuación, critica la falta de proporcionalidad y motivación de la sanción.

Las quejas de la actora pueden ser resueltas de manera conjunta en la medida de que los cuatro están íntimamente conectados en la medida que se cuestionan los criterios, aplicación y motivación de los términos en los que se cuantificó la sanción.

No apreciamos defectos o vicios de motivación en el nuevo acuerdo sancionador tras comprobar que la CNMC ha procedido del mismo modo que en anteriores ocasiones confirmadas por esta Sala y de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Frente a las quejas expresadas por la actora, recordemos que conforme al artículo 63.1 LDC la sanción que cabe imponer en el caso de las infracciones muy graves puede elevarse hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (2011). Comoquiera que dicho volumen total de negocio fue de 22.217.819 euros resulta evidente que la multa finalmente impuesta de 3.215.124 euros está dentro de los límites de proporcionalidad con arreglo a los parámetros que aplicó.

Los criterios de cuantificación aplicados por la CNMC no difieren de los seguidos en otras ocasiones y que han sido también analizados por esta Sala. La justificación que aduce la resolución recurrida tiene su origen en el criterio fijado por el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013, en la que se entiende que la expresión *volumen de negocios total* del artículo 63.1 de la LDC, como base sobre la que calcular el porcentaje de multa establecido para cada tipo de infracción (hasta un 10% para las muy graves, hasta un 5% para las graves y hasta un 1% para las leves), toma como referencia el volumen de negocios de todas las actividades de la empresa y no exclusivamente el correspondiente al mercado afectado por la conducta.

A partir de ahí, el Tribunal Supremo rechaza la concepción de los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC como *umbrales de nivelación* (o *límites extrínsecos*, como los denomina el Tribunal Supremo en la sentencia) seguida hasta entonces por la CNMC y reflejada en la Comunicación de 11 de febrero de 2009, considerando que tales porcentajes deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben concretarse tomando en consideración los factores enumerados en el artículo 64.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, entre ellos la dimensión y características del mercado afectado por la infracción la cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; el alcance de la infracción; la duración de la infracción; el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas responsables.

Razona la resolución que la infracción analizada se califica como muy grave, a la que se asocia una multa de hasta el 10 % del volumen de negocios total de los infractores en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de las sanciones, esto es, 2011, y analiza a continuación los factores que han de determinar el porcentaje que, con ese límite máximo, resulta oportuno aplicar en cada caso, especificando los criterios seguidos para la cuantificación de tal manera que en cada uno de ellos tiene en cuenta la duración de la conducta, así como la no concurrencia de circunstancias agravantes ni atenuantes.

Para la valoración individual de la conducta, tiene en cuenta tanto la duración de la infracción de las entidades como el volumen de negocio del mercado afectado (VNMA) durante la infracción, y la participación de cada una en el VNMA total. En el supuesto enjuiciado para la actora se estableció en una cifra de VNMA 40.118.253 euros estableciendo una participación de 35 % sobre el afectado. Sobre la base del conjunto de factores que analiza (gravedad de la infracción, características y dimensión del mercado afectado, ámbito geográfico de la conducta, duración de la infracción, participación de las infractoras en la conducta, concurrencia de agravantes) y dentro del límite del 10% del volumen total de negocios, fijó en el 6,2 % el tipo sancionador aplicable a la actora lo que dio lugar a la imposición de una sanción por importe de 1.377.505 euros.

Las quejas en torno a las empresas multiproducto enlazan con las críticas a la proporcionalidad de la sanción. La resolución para este tipo de empresas realizó una estimación del límite de esa proporcionalidad, de modo que si en algunos casos la DC no ajustó sus sanciones a la baja fue porque las sanciones resultantes de los tipos sancionadores determinados para estas empresas eran inferiores a sus respectivos límites de proporcionalidad, lo que descarta que la finalmente impuesta corrieran el riesgo de resultar desproporcionadas.



Entiende la Sala que estas pautas interpretativas son, en efecto, consecuencia de la doctrina del Tribunal Supremo, sin que en aplicación de la misma la resolución haya incurrido en la falta de motivación o desproporción que denuncia la parte recurrente al sustentarse en la aplicación estricta del artículo 64 de la Ley 15/2007.

**TERCERO.**-Lo dicho en los anteriores razonamientos no conducen a la íntegra desestimación del presente recurso con expresa condena en costas a la recurrente de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la LJCA.

#### FALLO

Que debemos desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **HORMIGONES BERIAIN, S.A.** representada por el procurador don Alberto Hidalgo Martínez contra el acuerdo de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 14 de febrero de 2019, en ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2013, recurso 563/2015, en el marco del expediente sancionador S/0179/09, HORMIGÓN Y PRODUCTOS RELACIONADOS, con expresa condena en costas a la parte demandante.

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.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.