

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

(Expte. VS/0226/10, LICITACIONES DE CARRETERAS, empresa ASFALTOS y CONSTRUCCIONES ELSAN S.A.)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

Secretario

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 11 de febrero de 2016

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/0226/10, LICITACIONES DE CARRETERAS, cuyo objeto es la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015 (recurso 844/2013) por la que se desestima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de enero de 2013 (recurso 658/2011) dictada como consecuencia del recurso interpuesto por la empresa ASFALTOS y CONSTRUCCIONES ELSAN, S.A. (en adelante ELSAN) en relación con la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de octubre de 2011 (Expediente S/0226/10, LICITACIONES DE CARRETERAS).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 19 de octubre de 2011, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC), en el expediente de referencia, acordó en relación con ELSAN:

“PRIMERO. Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007 de la que son responsables (...) ASFALTOS y CONSTRUCCIONES ELSAN S.A.; (...) consistente en la coordinación de sus comportamientos competitivos para alterar el resultado de las licitaciones públicas de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas y, en particular, el importe de las bajas presentadas a dichas licitaciones.

SEGUNDO. *Imponer las siguientes multas a las autoras de la infracción: (...) 2.353.115 € a ASFALTOS y CONSTRUCCIONES ELSAN S.A.; (...)*

QUINTO. *Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.”*

2. Con fecha 20 de octubre de 2011 le fue notificada a ELSAN la citada Resolución contra la que interpuso recurso contencioso administrativo (658/2011), solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la misma.
3. Mediante Auto de 12 de enero 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 2.353.115 euros, que se declara suficiente por Oficio de la Audiencia Nacional de 15 de marzo de 2012.
4. Mediante Sentencia de 25 de enero de 2013, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó parcialmente el recurso y anuló la Resolución de 19 de octubre de 2011 en lo relativo a la sanción, ordenando su recálculo, que se deberá realizar *“con fundamento en los parámetros que ella misma establece en la resolución litigiosa y sobre la base de que ELSAN únicamente participó en dos de las licitaciones que se encuentran en la base de la conducta”*. Contra ella se interpuso recurso de casación (844/2013).
5. Con fecha 30 de junio de 2015, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo desestimó los recursos de casación interpuestos por la Abogacía del Estado y por ELSAN frente a la referida sentencia.
6. Es interesado: ASFALTOS y CONSTRUCCIONES ELSAN, S.A.
7. El Consejo deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 11 de febrero de 2016.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Competencia para resolver.

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 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 19 de octubre de 2011, dictada en expediente S/0226/10, LICITACIONES DE CARRETERAS, impuso una multa de 2.353.115 € a ELSAN. Dicha empresa interpuso recurso contencioso administrativo contra la misma.

El recurso interpuesto por ELSAN fue inicialmente estimado parcialmente por Sentencia de 25 de enero de 2013 de la Audiencia Nacional. Mediante Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015 se desestima el recurso interpuesto por ELSAN y la Abogacía del Estado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional, que queda firme. La referida Sentencia de la Audiencia Nacional, en su Fundamento de Derecho (FD) séptimo, dispone:

“SEPTIMO-. Conforme a lo razonado procede estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo anulando la resolución impugnada en la parte en que acuerda imponer a ELSAN una multa de 2.353.115 euros sobre la base de que participó en cuatro licitaciones. La CNC deberá calcular de nuevo el importe de la sanción que corresponde imponer a esta empresa, con fundamento en los parámetros que ella misma establece en la resolución litigiosa y sobre la base de que ELSAN únicamente participó en dos de las licitaciones que se encuentran en la base de la conducta”.

TERCERO. Sobre la determinación de la sanción.

3.1. Determinación de la sanción en la Resolución de 19 de octubre de 2011.

La Resolución del Consejo de la CNC de 19 de octubre de 2011 motivó la determinación de las multas sobre la base de los criterios siguientes (cfr. FD 7º de la resolución):

- Determinación del mercado afectado. Según la resolución (páginas 117 y ss), “se ha constatado que el mecanismo colusorio afectaba a licitaciones públicas del ámbito de la conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas (carreteras, autovías, etc.). Este es el ámbito donde era susceptible que la infracción produjera efectos y el que debe considerarse como referencia a efectos del cálculo del importe básico de la sanción”. Se excluye el ámbito de construcción y se rechazan alegaciones tendentes a restringir el

mercado por razón de actuación funcional (conservación, mejora etc.), tipo de licitación (abierta, restringida) o ámbito territorial (nacional).

- Duración. En lo referente a la duración, la resolución (pág. 120) rechaza el carácter instantáneo de la conducta (en atención al día de la adjudicación) y articula un criterio para fijar la duración sobre la que determinar el volumen de negocios afectado basado en lo siguiente (pág. 122):
 - o 6 meses prorrateados del volumen de negocios en el mercado afectado correspondiente a 2008 para aquellas empresas que participaron solo en la licitación de PROVILSA.
 - o 13 meses (todo el volumen de negocios en el mercado afectado correspondiente a 2009 y un doceavo del correspondiente a 2008) a las empresas que participaron en licitaciones de 2009.
 - o 18 meses (todo el volumen de negocios en el mercado afectado correspondiente a 2009 y la mitad del correspondiente a 2008) a las empresas que participaron en licitaciones de 2008 y 2009.
- Ponderación decreciente con el tiempo transcurrido. De acuerdo con lo previsto en el párrafo 15 de la Comunicación de Multas, los importes correspondientes al mercado afectado durante el tiempo de conducta imputado fueron objeto de ponderación de forma que los valores anteriores a los últimos 12 meses recibían una ponderación decreciente.
- Porcentaje basado en el número de licitaciones. Sobre el valor antes calculado, la resolución (pág. 125) aplicaba un porcentaje cifrado en un 5% en los casos de participación en una sola licitación, porcentaje incrementado en dos puntos porcentuales por cada licitación (por encima de uno) en la que la empresa hubiera participado.
- Atenuantes o agravantes. El FD 8º relaciona la posible incidencia de circunstancias atenuantes o agravantes para cada una de las empresas.
- Límite del 10%. Por último, se reduce el importe al 10% del volumen de negocios total de la empresa en el ejercicio anterior en aquellos supuestos en que la multa calculada resultara superior a dicho porcentaje (inciso final del FD 8º).

En el caso de ELSAN, en la Resolución de la CNC el proceso de determinación de la multa obedecía a los factores y datos siguientes:

	<i>Nº de licitaciones</i>	<i>Mercado afectado ponderado por duración</i>	<i>(%) Sanción</i>	<i>Importe básico de la sanción</i>
ELSAN	4	21.391.938 €	11%	2.353.115 €

No se apreciaron circunstancias agravantes ni atenuantes.

3.2. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo.

En el presente caso la Sentencia del Tribunal Supremo no entra a valorar la metodología seguida para el cálculo de la multa, al no haber sido objeto de recurso ni por ELSAN ni por la Abogacía del Estado.

El Tribunal Supremo en su fundamento primero expone lo siguiente:

“A diferencia de otros recursos entablados en procedimientos sobre esta misma resolución sancionadora, en este caso ni la empresa sancionada ni la Administración del Estado hacen referencia en sus motivos a la metodología empleada para el cálculo de la multa y al ámbito de actividad de la empresa sancionada sobre el que debe efectuarse dicho cálculo, lo que impide considerar en los presentes recursos de casación tales aspectos que sí han sido contemplados en otros procedimientos”

Por su parte la sentencia de la Audiencia Nacional, confirmada por el Tribunal Supremo, ordena a la CNMC el cálculo del importe de la nueva sanción a imponer a ELSAN, sobre la base de los parámetros establecidos en la resolución, pero únicamente para dos de las cuatro licitaciones en las que ha quedado acreditada su participación.

3.3. Determinación de la nueva multa conforme a lo resuelto por la Audiencia Nacional.

Tal y como se ha señalado, la Resolución de 19 de octubre de 2011 (pág. 125) aplicaba un porcentaje cifrado en un 5% en los casos de participación en una sola licitación, porcentaje incrementado en dos puntos porcentuales por cada licitación (por encima de uno) en la que la empresa hubiera participado. En dicha resolución se estimó acreditada la participación de ELSAN en cuatro licitaciones, lo que condujo a la aplicación de un porcentaje del 11%. No obstante, la Audiencia Nacional considera que dicha participación resulta solo acreditada en dos de las licitaciones, motivo por el cual, respetando la metodología entonces aplicada (tal y como ordena la Audiencia Nacional), el tipo a aplicar debe quedar reducido al 7%.

Por otro lado, la base sobre la que procede aplicar dicho porcentaje también debe quedar minorado. Así, si bien se tomó inicialmente en consideración una duración de la conducta de 18 meses (todo el 2009 y 6 meses de 2008) sobre la base de que las cuatro licitaciones consideradas fueron adjudicadas en 2008 y 2009, dado que las que procede tomar en consideración (Cantabria y Alicante) fueron adjudicadas en 2009, la base de cálculo debe quedar reducida a la facturación en el mercado afectado durante 2009 y una mensualidad de 2008. El importe correspondiente a esta última mensualidad, además, debe ser ponderada con un coeficiente reductor del 0.75.

En consecuencia, la multa a imponer, en sustitución de la inicialmente impuesta de 2.353.115 €, asciende al 7% de 17.202.156,2 €, esto es, **1.204.151 €**.

La multa así calculada supone un 3,7% del volumen de negocios total de ELSAN en 2010, ejercicio anterior al de la resolución.¹

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Imponer a ASFALTOS y CONSTRUCCIONES ELSAN S.A., en ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de enero de 2013 (Recurso 658/2011), confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015 (recurso 844/2013), y en sustitución de la inicialmente impuesta en la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de octubre de 2011 (Expte. S/0226/10 Licitaciones de Carreteras.), la multa de **1.204.151 euros**.

Comuníquese esta Resolución a la Audiencia Nacional y a la Dirección de Competencia, y notifíquese a la parte interesada haciéndole 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.

¹ Modificada por Acuerdo de rectificación de errores de fecha 5/05/2016