CNMC
COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

(Expte. VS/0329/11, ASFALTOS DE CANTABRIA empresas SENOR, ARRUTI y ASCAN)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente
D. José María Marín Quemada

Consejeros
Dª. María Ortiz Aguilar
Dª. Clotilde de la Higuera González

Secretario
D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 16 de noviembre de 2017

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/0329/11 ASFALTOS DE CANTABRIA, cuyo objeto es ejecución de las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2015 (recurso 3668/2014), de 3 de febrero de 2017 (recurso 2748/2014) y de 25 de mayo de 2017 (recurso 3259/2014) por las que se estiman parcialmente los recursos de casación interpuestos contra las Sentencias de la Audiencia Nacional de 1 de julio de 2014 (recurso 197/2013), de 24 de junio de 2014 (recurso 158/13) y de 15 de julio de 2014 (recurso 198/2013) dictadas como consecuencia de los recursos interpuestos por las empresas SERVICIOS Y OBRAS DEL NORTE, S.A. Y GRUPO JESPAB (SENOR); ARRUTI SANTANDER, S.A. (ARRUTI) y ASCAN, EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN, S.A. Y GRUPO SADISA, S.L. (ASCAN) en relación con la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 8 de marzo de 2013 (Expediente S/0329/11 ASFALTOS DE CANTABRIA).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 8 de marzo de 2013, en el expediente S/0329/11 ASFALTOS DE CANTABRIA, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC), acordó en relación a SENOR, ARRUTI y ASCAN:

   *"**PRIMERO.-** Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la LDC, desde 1998 a 2011, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho QUINTO.*

   ***SEGUNDO.-** De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de derecho SEXTO, declarar responsables de dicha infracción a las*

siguientes empresas: (…), ARRUTI SANTANDER, S.A. (…), ASCAN Empresa Constructora y de Gestión (…) Servicios y Obras del Norte, S.A. (SENOR); (…) GRUPO SADISA S.L.; GRUPO JESPAB, S.A. (…)

***TERCERO.-** Imponer a las autoras responsables de la conducta infractora las siguientes multas: (…)*

ARRUTI SANTANDER, S.A., 1.459.160 € (un millón cuatrocientos cincuenta y nueve mil ciento sesenta Euros)

ASCAN EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN, S.A., 2.292.240 (dos millones doscientas noventa y dos mil doscientos cuarenta euros) de la que es responsable solidaria su matriz GRUPO EMPRESARIAL SADISA, S.L.

(…)

SERVICIOS Y OBRAS DEL NORTE, S.A., 4.399.910 €. (Cuatro millones trescientos noventa y nueve mil novecientos diez Euros), de la que es responsable solidaria su matriz GRUPO JESPAB, S.A. (…)

***CUARTO-** Instar a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución."*

2. Con fecha 11 de marzo de 2013, les fue notificada a las interesadas la citada Resolución (folios 150, 151, 158, 160 y 161) contra la que interpusieron los siguientes recursos contencioso administrativos que fueron estimados en parte todos ellos, anulando la Resolución de 8 de marzo de 2013 en el único extremo de la determinación de la cuantía de la multa y obligando a la CNMC a realizar un nuevo cálculo de conformidad con la doctrina establecida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015:

   - SENOR: Mediante Sentencia de 1 de julio de 2014, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó parcialmente el recurso (197/2013) interpuesto por SENOR contra la Resolución de 8 de marzo de 2013, en cuanto a la cuantificación de la multa. Contra ella la Abogacía del Estado interpuso recurso de casación (3668/2014)

     Con fecha 30 de noviembre de 2015, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo resolvió el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado frente a la Sentencia de 1 de julio de 2014 de la Audiencia Nacional, en cuanto al dispositivo que concierne a la fijación de la sanción de multa, ordenando a la CNMC el recálculo de la multa inicialmente impuesta.

     Esta Comisión recibió el 2 de febrero de 2016 testimonio de la sentencia.

   - ARRUTI: Mediante Sentencia de 24 de junio de 2014, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó parcialmente el recurso (158/2013) interpuesto por ARRUTI contra la Resolución de 8 de marzo de 2013, en cuanto a la cuantificación de la

multa. Contra ella la Abogacía del Estado interpuso recurso de casación (2748/2014).

Con fecha 3 de febrero de 2017, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo resolvió el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado frente a la Sentencia de 1 de julio de 2014 de la Audiencia Nacional, en cuanto al dispositivo que concierne a la fijación de la sanción de multa, ordenando a la CNMC el recálculo de la multa inicialmente impuesta.

Esta Comisión recibió el 30 de junio de 2017 testimonio de la sentencia.

- ASCAN: Mediante Sentencia de 15 de julio de 2014, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó parcialmente el recurso (198/2013) interpuesto por ASCAN contra la Resolución de 8 de marzo de 2013, en cuanto a la cuantificación de la multa. Contra ella la Abogacía del Estado interpuso recurso de casación (3259/2014)

  Con fecha 25 de mayo de 2017, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo resolvió el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado frente a la Sentencia de 1 de julio de 2014 de la Audiencia Nacional, en cuanto al dispositivo que concierne a la fijación de la sanción de multa, ordenando a la CNMC el recálculo de la multa inicialmente impuesta.

  Esta Comisión recibió el 13 de octubre de 2017 testimonio de la sentencia.

3. Con fecha 9 de febrero de 2013, la DC requirió a ASCAN y al Grupo Empresarial SADISA, S.A., y a ARRUTI la aportación de información sobre su volumen de negocios en el mercado afectado y sobre su volumen de negocios total en España antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados en el año 2012.

   SADISA presentó escrito de contestación registrado el 18 de febrero de 2013, señalando que la facturación total en España del GRUPO EMPRESARIAL SADISA, S.L., matriz de ASCAN, en el ejercicio 2012, Área Cantabria, ascendió a 46.887.280 € (folio 8207 del Expte. S/0329/11 ASFALTOS DE CANTABRIA), aportando además otros datos relativos a cifras de negocios como subcontratista, contratista principal, con empresas privadas y particulares y con el sector público. Por otro lado, según consta en las cuentas depositadas en el Registro Mercantil, el volumen de negocios total de ASCAN en 2012 asciende a 96.430.000 €.

   ARRUTI presentó escrito de contestación el 18 de febrero de 2013, señalando que su volumen de negocios total, en el ejercicio 2012, ascendió a 14.591.550 € (folio 8211 del Expte. S/0329/11 ASFALTOS DE CANTABRIA). De acuerdo con las cuentas depositadas en el Registro Mercantil, el volumen de negocios total de ARRUTI en 2012 es de 14.511.623 €.

4. Con fecha 7 de octubre de 2016, la DC requirió a SENOR la aportación de información sobre su volumen de negocios total antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados en el año 2012.

   SENOR presentó escrito de contestación el 25 de octubre de 2016, señalando que su facturación total, en el ejercicio 2012, ascendió a 10.532.028 € (folio 1215), cifra que también consta en las cuentas depositadas en el Registro Mercantil, aportando además otros datos relativos a cifras de negocios como subcontratista, contratista principal, con empresa privadas y particulares y con el sector público.

   El volumen de negocio consolidado del GRUPO JESPAB, S.A., matriz de SENOR, en 2012 fue de 43.999.074,60 € (folio 1206). En dicho escrito manifiesta que se encuentra en concurso de acreedores y aporta documentación acreditativa de ello (folio 1207 y siguientes).

5. Son interesados:

   - SERVICIOS Y OBRAS DEL NORTE, S.A.
   - GRUPO JESPAB, S.A.
   - ARRUTI SANTANDER, S.A.
   - ASCAN EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN, S.A.
   - GRUPO SADISA, S.L.

6. La Sala de Competencia deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 16 de noviembre de 2017.

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 Sentencias 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 8 de marzo de 2013, dictada en el expediente S/0329/11, ASFALTOS DE CANTABRIA, impuso sendas multas a SENOR, ARRUTI y ASCAN, contra la que interpusieron recursos contencioso administrativos.

Los recursos interpuestos fueron inicialmente estimados por Sentencias de la Audiencia Nacional. No obstante, el criterio manifestado por dicho Tribunal fue casado mediante Sentencias del Tribunal Supremo en las que se mantiene la estimación parcial del recurso presentado por la Abogacía del Estado, manteniendo la nulidad de la multa impuesta, si bien ordenando un recálculo según los criterios expuestos en su fundamentación jurídica, que difiere de la expuesta por la Audiencia Nacional.

TERCERO. Sobre la determinación de la sanción

3.1. Hechos probados y determinación de la sanción en la Resolución de 8 de marzo de 2013

Para la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo y la imposición de la sanción correspondiente hay que partir de los hechos acreditados que se imputan en la Resolución de 8 de marzo de 2013 y que han sido corroborados por la Audiencia Nacional y por el Tribunal Supremo.

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, SENOR, ARRUTI y ASCAN (entre otros) fueron declarados responsables de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, desde 1998 hasta 2011, consistente en el reparto de mercado y la fijación de precios de las obras licitadas en la Comunidad Autónoma de Cantabria mediante acuerdos bilaterales del conjunto de empresas imputadas para acudir a las convocatorias de contratos menores o negociados de las distintas Administraciones Publicas cántabras, así como a través de la distribución de las obras licitadas, publicas y privadas y la provisión de mezclas bituminosas calientes entre las cinco empresas que forman el grupo denominado G5.
- En particular, según lo señalado en el FD Sexto, sobre la individualización de la responsabilidad de cada empresa en la infracción del cartel acreditada:

> *"3. ARRUTI SANTANDER, S.A. fue una de las inspeccionadas, y está fehacientemente acreditada su participación tanto en el G5, en el que tenía igual tasa que SENOR (18,80%), como en los acompañamientos.*

Por lo que se refiere a estos consta en el expediente acreditación de la presentación de ofertas en el año 2002 y cada año hasta 2010. La primera en que aparece como oferente y/ o adjudicatario es en julio de 2002, la obra número 13 del Anexo II, "Nuevo pavimento en carretera de acceso y explanada del faro de Cabo Mayor "a la que acude con SENOR; y la ultima en noviembre de 2010, la obra 145, "Modificación de la red de saneamiento en el Barrio el Puente de Guriezo", a la que se presentó con BOLADO. En consecuencia este Consejo considera que ARRUTI es responsable de la infracción tanto por formar parte del G5 como por las medidas de acompañamiento, desde julio de 2002 y hasta abril de 2011.

4. ASCAN, EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN, S.A., pertenece al GRUPO EMPRESARIAL SADISA, S.L, formó parte del G5, con una participación igual a la de BOLADO, 22,80%, y es responsable por tanto de las actuaciones de reparto de licitaciones para asfaltado de obras públicas y privadas de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación y construcción de firmes y plataformas así como de los acompañamientos en los que participó a lo largo de todos los años desde 2001 a 2011. El inicio de la infracción se sitúa por tanto en marzo de 2001 con la obra 432 "Acondicionamiento de la rotonda en la carretera CA-160, de Pamanes a Lierganes. Clave: 13/01-6/86. Tramo: Alto de las Animas"; y la última en enero de 2011, la obra 275, "Asfaltado en el Barrio La Molina, a la que acudió con SENOR. ASCAN es responsable de las actuaciones del cártel desde marzo de 2001, hasta el final del mismo en abril de 2011, siendo responsable solidaria su matriz GRUPO EMPRESARIAL SADISA, S.L.

Tanto ASCAN como su matriz SADISA en el trámite de valoración de prueba han alegado indefensión por no haber admitido su solicitud de pruebas de individualizar las obras en que había participado en el reparto. Aunque ya se ha respondido anteriormente, reiterar que el Consejo no ha considerada necesaria dicha prueba, puesto que lo que se ha acreditado en este expediente es que a partir de 2006 las empresas del G5 se repartían el mercado, a través del reparto de licitaciones, tanto públicas como privadas, y para ello se reunían con mucha frecuencia (HP 14) y consensuaban las ofertas a realizar para obtener el resultado deseado. Por tanto a efectos de la infracción aquí acreditada no es relevante el número de obras a que se presentaron los miembros del grupo, ya que había obras que podían no interesarles a ninguno de los miembros, ni tampoco a las que presentaba una determinada empresa, puesto que el acuerdo de reparto no se enerva ni pierde efectividad por la no presentación de ofertas a una determinada obra. Como tampoco puede aceptarse la alegación de que la existencia de otras empresas que podían licitar, y que de hecho en algunos casos así lo hacían, y ganaban el concurso, imposibilita la existencia del cártel. En ningún momento se ha imputado cierre total del mercado, pero si la existencia de un cártel con

gran capacidad de distorsión de la competencia porque aglutinaba a la práctica totalidad de las empresas que trabajan en la zona.

6. SERVICIOS Y OBRAS DEL NORTE, S.A. (SENOR) perteneciente al GRUPO JESPAB, S.A., es el quinto componente del G5 con el número 5 y una participación adjudicada del 18,80 %. Además participa junto con SIEC en la primera acreditación de acompañamientos en marzo de 1998, ofertas que marca el inicio de la infracción objeto de este expediente y de la de ambos, siendo el que ha participado en más licitaciones de las realizadas mediante los acompañamientos. La primera licitación en que aparece como oferente o adjudicatario es la obra 540 del Anexo II, "Pavimentación caminos en San Bartolomé de los Montes", de marzo de 1998, así como en las obras 328 y 329 en diciembre del mismo año, a las que acude con SIEC. Hay acreditas ofertas todos los años desde entonces y la última es la obra 118, con el Ayuntamiento de Ribamontan al Mar, en marzo de 2011, a la que se presenta con BOLADO. En conclusión, su participación en el cártel alcanza a todo el periodo del mismo, desde marzo de 1998 hasta abril de 2011, siendo responsable solidaria su matriz GRUPO JESPAB, S.A."

La Sentencia que ahora se ejecuta obliga a reconsiderar el proceso de determinación de la sanción.

La Resolución del Consejo de la CNC de 8 de marzo de 2013 motivó la determinación de las multas sobre la base de los criterios siguientes:

- <u>Naturaleza de la conducta</u>

  En la página 72 de la resolución se recoge la descripción de las conductas investigadas, llegando a la conclusión, sobre la base de los hechos acreditados, de que las empresas imputadas se habrían estado repartiendo, desde 1998 hasta 2011, la realización de obras de asfaltado de obras de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas, tanto públicas como privadas, en el ámbito geográfico de la Comunidad Autónoma de Cantabria, para lo cual utilizaron dos sistemas de reparto complementarios entre sí que refuerzan mutuamente el efecto anticompetitivo: a) los acompañamientos en licitaciones públicas de procedimientos negociados y b) el reparto de todo tipo de licitaciones de obra pública o privada de asfaltado de obras, en el ámbito de Cantabria.

  Además, en el FD QUINTO, respecto a la Calificación de las conductas se recoge lo siguiente: *"Calificación de las conductas: infracción por objeto única y continuada. El Fundamento anterior recoge el relato de la conducta imputada tal como se deduce de los Hechos Acreditados que constan en el expediente, que ha consistido en que durante un largo periodo de tiempo, desde 1998 hasta 2011, las imputadas se han estado repartiendo y fijando los precios de las licitaciones públicas y privadas para asfaltado de obras de conservación, mejora,*

refuerzo, renovación, rehabilitación y construcción de firmes y plataformas, (carreteras, autovías, etc.), en la Comunidad Autónoma de Cantabria, mediante acuerdos bilaterales del conjunto de empresas imputadas para acudir a las convocatorias de contratos menores o negociados de las distintas Administraciones Publicas cántabras, así como a través de la distribución de las obras licitadas, publicas y privadas y la provisión de MBC entre cinco de ellos, (seis empresas) que forman el grupo que se denomina G5"[1].

- Determinación del mercado afectado

Según la Resolución (página 93), el mercado afectado es el de las licitaciones públicas y privadas, para el asfaltado de obras de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación y construcción de firmes y plataformas (carreteras, autovías, etc.), que se realizan en la Comunidad Autónoma de Cantabria, si bien los acompañamientos se realizan exclusivamente en las licitaciones convocadas por las Administraciones Públicas.

En dicho mercado, tal y como consta en la resolución (página 19):

> *"En relación con el mercado definido y en particular con la obra pública de Cantabria licitada, según se recoge en el IPR de datos de SEOPAN, (Asociación de Empresas Constructoras de Ámbito Nacional), aportados por ASFIN, de enero a diciembre de 2010 las Administraciones Públicas licitaron un total de 15.294,41 millones de euros en Obra Civil de los que 227,14 millones, se licitaron en la Comunidad Autónoma de Cantabria.*
>
> *Asimismo constan en el expediente, aportadas por la misma empresa (folio 2826), las cuotas de los principales operadores en los años 2007 a 2010, en dicho mercado*:

[1] El G5 estaba constituido por SENOR, ARRUTI, EMILIO BOLADO y ACANSA, ASFIN y ASCAN, si bien BOLADO y ACANSA computan como uno.

Tabla 1. Cuotas de mercado de principales operadores.
Mercado de obra pública en Cantabria. En %. Años 2007-2010.

2007		2008		2009		2010	
UTE DRAGADOS/ASCÁN	12%	ROVER ALCISA	12%	COPSESA	5%	ARRUTI	8%
ASCAN	4%	BOLADO	7%	UTE FCC-BOLADO	5%	UTE FCC-BOLADO	5,5 %
SENOR	3,5%	UTE COPSESA-SANECAN	6%	ARRUTI	4%	BOLADO	5%
BOLADO	2%	ASCAN	5%	SIEC	4%	FDEZ-ROSILLO	5%
UTE SEOP-ACCIONA	1,5%	ARRUTI	4%	FDEZ-ROSILLO	4%	UTE GOES-PRIETO	5%

Fuente: cuadro elaborado por la DI según datos aportados por ASFIN.

Asimismo, en la página 77 de la resolución constan las cuotas de reparto entre los cinco del grupo, medidas en tonelada de asfalto de cada obra y no en coste monetario de la obra:

"ARRUTI 18,80%

ASCAN 22,80%

ASFIN 16,80%

EMILIO BOLADO + ACANSA 22,80%

SENOR -> 18,80%"

- Duración

En lo referente a la duración, el cartel va desde 1998 hasta abril de 2011, fecha en la que se realizó la inspección:

"Respecto del periodo de participación de cada una de las partes en el cártel el Consejo, siguiendo la propuesta de la DI ha considerado la fecha de la primera acreditación de la participación en un acompañamiento o en su caso de la acreditación de la participación en la primera reunión del G5 (ASFIN) como el inicio de la infracción para cada una de las partes. Por el contrario, al no existir constancia de abandono del cártel de ninguna de las partes, y no haber acreditado ninguna de ellas tal condición, el final de la infracción es común para todas ellas, en la fecha en que la DI realizo las inspecciones e incoó el expediente sancionador."

- Efectos de la infracción sobre el mercado, los consumidores o usuarios o sobre otros operadores económicos

Estamos ante una infracción compleja, cuya finalidad es distorsionar el mercado de contratación de obras de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación y construcción de firmes y plataformas, en carreteras, autovías,

etc., mediante el reparto y por tanto la distorsión en las licitaciones de las mismas y particularmente en las licitaciones públicas, ya fueran por procedimiento abierto, pero sobre todo en el caso de los procedimientos negociados, de forma que anulaban toda posible competencia entre ellos a la hora de ofertar a las obras públicas de pavimentación, viales, etc., licitadas por las distintas Administraciones Públicas en Cantabria.

Así el Consejo respecto a la calificación de las conductas consideró que *"esta infracción, cártel estable, por su propia naturaleza, supone automáticamente un falseamiento significativo de la competencia, que beneficia exclusivamente a las empresas del cártel al darles una ventaja competitiva respecto al resto de competidores en el mercado o a potenciales competidores que pudieran querer entrar en el mercado, siendo sumamente perjudicial para los clientes, en su mayor parte Administraciones Públicas nacionales, autonómicas y locales, licitadoras de las obras y, por tanto, para el interés general"*.

Se trata de un cartel cuyo principal efecto es propiciar que los precios ofertados se mantengan más elevados de lo que estarían en ofertas competitivas, que se ha mantenido más de una década, con una incidencia directa sobre los presupuestos públicos y por tanto sobre los contribuyentes.

Puede decirse que la propia conducta, que duró más de diez años y en la que se trataron y acordaron más de 900 obras a lo largo de todo el territorio de Cantabria, en si misma lleva implícitos cuantiosos efectos restrictivos, encareciendo el precio final de las adjudicaciones, sobre todo de obra pública, y por tanto con efectos sobre el mercado elevando los precios y sobre los consumidores, bien como adquirentes de los servicios en obra privada, pero sobre todo como contribuyentes. Por todo ello debe concluirse que la incidencia sobre la competencia en dicho mercado es innegable.

- Beneficio ilícito

El Consejo (página 82) ya afirmó en su resolución que el beneficio ilícito *"no está vinculado a las obras que les han sido adjudicadas entre las constatadas como repartidas, sino que excede ese ámbito. De hecho el cártel al distorsionar los precios de mercado mediante la fijación de precios en las obras repartidas, está elevando los precios por encima de los competitivos, de forma que los operadores en dicho mercado obtienen ingresos superiores de los que corresponderían en competencia, incluso en obras que no constan como repartidas. Y por la misma razón, el efecto negativo sobre los consumidores y contribuyentes también excede del que se pudiera calcular sobre las obras relacionadas."*

- Atenuantes y agravantes

No se apreciaron circunstancias atenuantes ni agravantes.

- Importe básico de la sanción

Teniendo en cuenta el carácter disuasorio que deben tener las multas en materia de competencia, el Consejo consideró adecuado fijar el importe básico de la

sanción en el 15% del volumen de ventas afectado por la infracción, para los integrantes del G5, y del 7% para los no miembros.

- Límite del 10%

  Como la multa calculada superaba el límite del 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora para todas las empresas, a excepción de las empresas ASCAN, SIEC y HTR, en aplicación del artículo 63.1 c) se redujo el importe hasta dicho límite.

3.2. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo

De acuerdo con los razonamientos jurídicos de las Sentencias del Tribunal Supremo que aquí se ejecutan, la determinación de la sanción deberá adecuarse a los criterios expresados en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015[2] que son, en esencia, los siguientes:

- 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 las empresas infractoras en el ejercicio anterior al de dictarse

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

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 8 de marzo de 2013 (y confirman los tribunales) de la que son responsables, entre otras, SENOR, ARRUTI y ASCAN 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, 2012.

Como se ha mencionado, consta en el expediente la facturación total de las mencionadas empresas, que reproducimos a continuación:

Empresas	Volumen de negocios total en 2012 (€)
ARRUTI	14.511.623 [3]
ASCAN	96.430.000 [4]
SENOR	10.532.028

Sobre estas premisas, el porcentaje sancionador a aplicar en el presente expediente debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la Resolución de 8 de marzo de 2013 (S/0329/11), siguiendo los criterios de la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El mercado afectado por la conducta, tal y como ya se ha señalado, es el de las licitaciones públicas y privadas, para el asfaltado de obras de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación y construcción de firmes y plataformas (carreteras, autovías, etc.), que se realizan en la Comunidad Autónoma de Cantabria.

SENOR participó en el cártel desde marzo de 1998 hasta abril de 2011. ARRUTI participó en el cártel desde julio de 2002 hasta abril de 2011. Por último, ASCAN participó en el cártel desde marzo de 2001 hasta abril de 2011.

Bajo su propia responsabilidad, ninguna de las empresas incoadas ha facilitado la información relativa a la cuota de mercado de las mismas en relación con los asfaltos o Mezclas Bituminosas en Caliente (MBC), empleados fundamentalmente en la pavimentación de los firmes de carreteras, calzadas de vías urbanas, etc., tanto para clientes privados como públicos en la Comunidad Autónoma de Cantabria. Sin embargo, en un área geográfica tan limitada, las 11 empresas incoadas en este

[3] Información obtenida de la base de datos del Registro Mercantil (cfr. AH 8º).

[4] Información obtenida de la base de datos del Registro Mercantil.

expediente constituyen una parte importante de las empresas que estaban activas en el mercado.

Como se ha explicado, dada la duración y la propia naturaleza del cártel puede asegurarse que el falseamiento de la competencia, en beneficio de las empresas infractoras, perjudicó a los clientes, que en su mayor parte fueron Administraciones Públicas, repercutiendo por tanto negativamente en los presupuestos públicos.

Las empresas infractoras se reunían con carácter quincenal o mensual y existe constancia de que se llevaba a cabo un control del cumplimiento de los acuerdos del cártel y un seguimiento del mismo mediante el intercambio de información, tanto en las reuniones como en contactos posteriores a las mismas. Por tanto, las partes emplearon un sistema de vigilancia para garantizar el cumplimiento de lo acordado.

En la siguiente tabla se recoge el volumen de negocios de las infractoras en el mercado afectado (VNMA) durante los meses en los que cada empresa participó en la conducta. Asimismo, a efectos de la individualización de las sanciones, se muestra la participación de cada empresa en el mercado afectado por la conducta, teniendo en cuenta todas las empresas infractoras y no sólo las que son objeto de esta resolución de recálculo.

Empresas	Volumen de negocio en el mercado afectado (VNMA, €)	% del VNMA
ARRUTI	119.924.000	12,5
ASCAN	38.300.028	4,0
SENOR	296.695.595	30,8
Otras	508.680.794	52,8

La cuota de participación de SENOR en el VNMA es la más alta del cártel, mientras que la de ARRUTI es la cuarta más alta y la de ASCAN es una de las cinco más bajas, e inferior a la media.

Siguiendo la precitada Sentencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, duración, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado, seguimiento de los acuerdos y participación en la conducta de la infractora– 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 las empresas.

El tipo sancionador que corresponde aplicar a cada entidad infractora, de acuerdo con la gravedad y circunstancias de la conducta, así como su respectiva participación en el mercado afectado, se muestran en la tabla siguiente:

Empresas	Tipo sancionador (% del volumen de negocios total)
ARRUTI	6,0
ASCAN	5,5
SENOR	7,3

La utilización del volumen total de ventas de cada empresa como base para la aplicación del tipo sancionador que le corresponde a cada una en función de su conducta, de acuerdo con el artículo 63 de la LDC, exige realizar un último ejercicio de ponderación de la proporcionalidad de la sanción, particularmente en el caso de empresas multiproducto. Para ello, se hace necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta en el mercado afectado, bajo supuestos muy prudentes (que es lo que puede denominarse beneficio ilícito potencial[5]).

En este sentido, aunque un tipo sancionador fuera proporcionado a la gravedad y características de la infracción cometida, la aplicación de ese porcentaje al volumen de negocios total de la empresa podría conducir a una sanción en euros que no respetara la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva cuando se trate de una empresa que actúa en otros mercados además de en el mercado afectado por la infracción.

Esto es lo que sucede en el caso de ASCAN ya que el volumen medio de negocios en el mercado afectado durante la conducta representa únicamente el 3,9% del volumen de negocios total en el año anterior a la infracción, lo que indica que la mayor parte de su actividad se desarrolla fuera del mercado afectado.

En efecto, aunque el importe de la sanción que le correspondería a ASCAN, de acuerdo con su conducta durante la infracción, sería de 5.303.650 euros, el límite de proporcionalidad estimado para esta empresa se sitúa en torno a 3.000.000 euros. Por tanto, procede reducir el importe de la sanción hasta que alcance esta cifra menor.

En el caso de las otras empresas objeto de recálculo, la sanción que les corresponde de acuerdo con su conducta durante la infracción es inferior al límite de proporcionalidad estimado para ellas, por lo que no procede ajustar a la baja las sanciones por motivos de proporcionalidad.

En la tabla siguiente se muestra la multa en euros que correspondería a cada empresa ajustada al límite de proporcionalidad y la multa original:

[5] 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.

Empresas	Multa ajustada al límite de proporcionalidad (€)	Multa de la resolución sancionadora original (€)
ARRUTI	870.697	1.459.160
ASCAN	3.000.000	2.292.240
SENOR	768.833	4.399.910

En el caso de ASCAN, la sanción ajustada al límite de proporcionalidad resulta superior a la multa impuesta en la Resolución original, que ascendió a 2.292.240 euros. En aplicación del principio que prohíbe la *reformatio in peius*, debe imponerse a ASCAN la multa de la Resolución original.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Imponer, en ejecución de las Sentencias del Tribunal Supremo, y en sustitución de las inicialmente impuestas en la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 8 de marzo de 2013 (Expte. S/0329/11, ASFALTOS DE CANTABRIA), las siguientes multas a las siguientes empresas:

- ARRUTI SANTANDER, S.A., 870.697 euros.
- ASCAN, EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN, S.A. de la que es responsable solidaria su matriz GRUPO SADISA, S.L, 2.292.240 euros.
- SERVICIOS Y OBRAS DEL NORTE, S.A. 768.833 euros, de la que es responsable solidaria su matriz GRUPO JESPAB, S.A.

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