

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA**Expte. VS/0329/11, ASFALTOS DE CANTABRIA****CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA****Presidente**

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 7 de noviembre de 2017

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/0329/11 ASFALTOS DE CANTABRIA, cuyo objeto es la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2016 (recurso 157/2013) por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto por la empresa SIECSA CONSTRUCCION DE SERVICIOS Y OBRAS, S.A. (SIECSA) contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 8 de marzo de 2013 (expediente S/0329/11 ASFALTOS DE CANTABRIA).

I. 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 (CNC), acordó en relación a SIECSA:

“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: (...), SIECSA, Construcción y Servicios, S.A. (...) y a las matrices (...), GRUPO SIECSA, S.L.

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

SIEC CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, S.A., 3.827.310 Euros (tres millones ochocientos veintisiete mil trescientos diez euros) de la que es responsable solidaria su matriz GRUPO SIECSA, S.L. por un importe de hasta 3.516.000 Euros (tres millones quinientos dieciséis mil Euros).

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, le fue notificada a SIECSA la citada resolución (folio 159) contra la que interpuso recurso contencioso administrativo ordinario (157/2013). Asimismo, SIECSA solicitó la suspensión de la obligación del pago de la multa, que fue concedida mediante auto de 13 de mayo de 2013. Por providencia de 18 de octubre de 2013 se declaró suficiente la fianza. Con fecha 30 de noviembre de 2015, la Audiencia Nacional sustituyó el acuerdo adoptado en el auto de 13 de mayo de 2013 y suspendió la ejecutividad de la resolución de 8 de marzo de 2013 sin condicionarla a la prestación de garantía.
3. Mediante sentencia de 21 de julio de 2016 (recurso 157/2013), la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó en parte el recurso interpuesto por SIECSA contra la resolución de 8 de marzo de 2013, ordenando a la CNMC realizar un nuevo cálculo de la multa. Contra dicha sentencia, SIECSA interpuso recurso de casación (3078/2016). Mediante sentencia de 30 de octubre de 2018 el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación.
4. Con fecha 4 de febrero de 2019, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de alegaciones de SIECSA en el cual realizan una serie de consideraciones sobre la forma en que consideran que debería ejecutarse la sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2016. Señalan, además, que su volumen de negocios total, en el ejercicio 2012, ascendió a 34.564.878 euros (folios 4291 a 4321).
5. La Sala de Competencia aprobó esta resolución en su sesión del día 7 de noviembre 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 de la Audiencia Nacional

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 expediente S/0329/11, ASFALTOS DE CANTABRIA, impuso a SIECSA una multa de 3.827.310 euros de la que fue responsable solidaria su matriz GRUPO SIECSA, S.L. por un importe de hasta 3.516.000 euros. Contra dicha resolución SIECSA interpuso recurso contencioso administrativo (recurso 157/2013).

El recurso interpuesto fue estimado parcialmente por la Audiencia Nacional en su sentencia de 21 de julio de 2016, anulando la multa impuesta en la resolución de 8 de marzo de 2013 y ordenando a la CNMC a cuantificar de nuevo la sanción pecuniaria conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, en los términos fijados por la doctrina iniciada con la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015. Con fecha 30 de octubre el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por SIECSA (recurso 3078/2016).

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 de la Audiencia Nacional 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, SIECSA (entre otros) fue declarado responsable de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, desde marzo de 1998 hasta abril de 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 Públicas cántabras.

- En particular, según lo señalado en el FD Sexto, sobre la individualización de la responsabilidad de la empresa en la infracción del cartel acreditada:

“11. SIEC CONSTRUCCIÓN Y SERVICIOS, S.A., pertenece al Grupo SIECSA, y es junto con SENOR quien más ofertas de acompañamiento ha realizado y cuya participación en los acuerdos de acompañamiento marca el inicio de la infracción en marzo de 1998, existiendo acreditación de la última presentación de acompañamiento en febrero de 2011, en la obra 69 del Anexo II, "Construcción de cubierta para tres pistas de pádel en Solares", a la que acude junto con BOLADO y SENOR. (...)

Ha quedado por tanto acreditado que SIEC ha utilizado a otras empresas del cártel para que le prepararan ofertas de acompañamiento, con precios superiores a los que ella quería ofertar, para resultar adjudicataria de las licitaciones, y que a su vez ella preparaba ofertas acompañando a otros (HP 63), y que por tanto es responsable de dichas actuaciones que realizó desde marzo de 1998 hasta abril de 2011, siendo responsable solidaria su matriz, GRUPO SIECSA, S.L. por el periodo comprendido desde el mes de octubre de 2005, fecha en que se constituyó como tal, hasta el final de la infracción en abril de 2011 (HP 10)”.

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 sancionó a SIECSA y determinó la multa sobre la base de los criterios siguientes:

Importe básico de la sanción (IBS): 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, como es el caso de SIECSA.

Atenuantes o agravantes: no se apreciaron circunstancias atenuantes ni agravantes

Límite del 10%: la multa calculada para SIECSA no superaba el límite del 10% de su volumen de negocios total, y por tanto no fue necesario reducir su importe.

La determinación de la multa de SIECSA por la CNC se resume en la siguiente tabla:

Entidad infractora	Mercado afectado ponderado por antigüedad de la infracción	Porcentaje aplicado (%)	Importe básico de la sanción (€)	Límite del 10% del volumen de negocios total en 2011 ¹	Multa impuesta (€)
SIECSA	54.675.800	7%	3.827.310	4.006.560	3.827.310

3.2. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo

De acuerdo con los razonamientos jurídicos de la sentencia de la Audiencia Nacional que aquí se ejecuta, la determinación de la sanción deberá adecuarse a la doctrina iniciada por la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015. Respecto de dicha doctrina, cabe destacar, con carácter general, los siguientes aspectos:

- 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.

¹ En el momento de la resolución sancionadora original no estaba disponible la cifra de negocios de la infractora en 2012, que era la que habría que haber utilizado por aprobarse la resolución en 2013.

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 es responsable, entre otras, SIECSA 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 dicho antes, según la información aportada por SIECSA su volumen de negocios total en el año anterior a la resolución, año 2012, fue de 34.564.878 € (folios 4291 a 4321).

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 (art. 64.1.a y 64.1.c).

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), productos 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, como indica la Resolución original, confirmada en este punto por la revisión jurisdiccional, en un área geográfica tan limitada, las 11 empresas incoadas en este expediente constituyen una parte importante de las empresas que estaban activas en el mercado (art. 64.1.b).

La duración de la participación de SIECSA se corresponde con el periodo comprendido desde marzo de 1998 hasta abril de 2011 (art. 54.1.d).

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 (art. 64.1.e).

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.

Ahora bien, SIECSA no formaba parte del llamado G5, y tampoco participó, por tanto, en el sistema de seguimiento de los acuerdos que afectaban a estas cinco empresas.

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

Empresa	Volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA, €)	Participación en el VNMA total de la infracción (%)
SIECSA	178.709.189	18,6

La cuota de participación de SIECSA en el VNMA total de la infracción fue del 18,6%, el tercero más elevado del expediente, a pesar de que, como se ha dicho, no formaba parte del G5.

Siguiendo la precitada doctrina del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado, duración de la conducta, la dimensión del mercado afectado por la infracción, la no pertenencia al G5 y la no concurrencia de atenuantes o 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 infractora. De acuerdo con todo lo señalado, esta Sala considera apropiado un tipo sancionador total del 4,5% para SIECSA.

El Tribunal Supremo insiste en la necesaria proporcionalidad que debe guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, y para ello es preciso concretar *“la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados”*.

Ahora bien, aunque un tipo sancionador sea 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. Para realizar esta última comprobación es necesario realizar una estimación, bajo supuestos muy prudentes, del beneficio ilícito potencial que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta, y aplicarle un factor incremental de disuasión².

² 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. Los supuestos que se han asumido se basan

En el presente caso, la multa que le correspondería a SIECSA según la gravedad de la conducta y de su participación en ella (un tipo del 4,5% se traduce en una multa de 1.555.420 euros) está lejos de superar el límite de proporcionalidad estimado, por lo que no es necesario ajustar la multa por motivos de proporcionalidad.

La sanción que le corresponde es inferior a la originalmente impuesta, por lo que no es de aplicación el principio de prohibición de *reformatio in peius*. Por lo tanto, debe imponerse la sanción recalculada, que asciende a 1.555.420 euros.

De acuerdo con el criterio de la resolución de 8 de marzo de 2013, del importe de dicha multa deberá responder la sociedad matriz, GRUPO SIECSA, S.L., hasta un importe de 1.428.903 €. Este importe guarda proporción con el tiempo durante el que GRUPO SIECSA, S.L. ha sido matriz de SIECSA en la infracción cometida.

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

HA RESUELTO

ÚNICO. – Imponer a la SIECSA CONSTRUCCION DE SERVICIOS Y OBRAS, S.A.(SIECSA) una multa por importe de 1.555.420 euros y solidariamente a su matriz GRUPO SIECSA, S.L. por importe de 1.428.903 euros en ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2016 (recurso 157/2013), y en sustitución de la impuesta en la resolución de 8 de marzo de 2013 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (expte. S/0329/11, ASFALTOS DE CANTABRIA).

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 notificación de la resolución, de acuerdo con lo resuelto por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.