

RESOLUCIÓN
(Expte. VS/0192/09 ASFALTOS)**CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA****Presidente**

D. José María Marín Quemada

ConsejerosD^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain**Secretario**

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 18 de Junio de 2014

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/0192/09 ASFALTOS, cuyo objeto es la vigilancia de la Resolución del Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia de 26 de Octubre de 2011 (Expediente S/0192/09 ASFALTOS).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 26 de Octubre de 2011, en el expediente S/0192/09 de referencia, el Consejo de la extinta CNC acordó:

“PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la existencia de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007 consistente en haber acordado y ejecutado el reparto del mercado de las Mezclas Bituminosas en Caliente (MBC) y productos relacionados en las provincias de León, Burgos y en la Comunidad Autónoma del País Vasco, en el periodo que va desde febrero de 2007 hasta, al menos, octubre de 2009, y de la que son responsables las empresas AGLOMERADOS LEÓN, S.L.; ASFALTOS VIDAL FERRERO, S.L.; COMPAÑÍA GENERAL DE HORMIGONES Y ASFALTOS, S.A. (GEHORSA); CONSTRUCCIONES PÚBLICAS COPRISA, S.A.; CONSTRUCCIONES Y OBRAS LLORENTE, S.A. (COLLOSA); EXCAVACIONES Y TRANSPORTES ORSA, S.L.; TEBYCON, S.A., TECNOLOGÍA DE LA CONSTRUCCIÓN, S.A. (TECONSA); GUIPASA, S.A.; CAMPEZO ASFALTOS DE CASTILLA Y LEÓN,

S.L.U. (anteriormente denominada OSCAL OBRAS Y SERVICIOS, S.L.); CAMPEZOCONSTRUCCIÓN S.A.U., y CONALVI, S.L.

SEGUNDO.- *Imponer las siguientes sanciones a las autoras de la conducta infractora:*

- AGLOMERADOS LEÓN, S.L. una multa de 479.446 € (Cuatrocientos setenta y nueve mil cuatrocientos cuarenta y seis euros), de la que es responsable solidaria su matriz Firms y Caminos, S.A.

.....

TERCERO. *- Declarar que no ha quedado acreditada la comisión de la infracción analizada en este expediente por parte de CONSTRUCCIONES MARIEZCURRENA, S.L., y ASFALTOS URRETXU, S.A., por lo que las actuaciones realizadas serán archivadas.*

CUARTO. *- Se insta a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.”*

2. Con fecha 27 de Octubre de 2011, le fue notificada a AGLOMERADOS LEÓN, S.L. la citada resolución contra la que interpuso recurso Contencioso Administrativo, solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la misma.
3. Mediante Auto de 2 de Febrero de 2012, la Audiencia Nacional acordó la suspensión solicitada exclusivamente en cuanto a la multa impuesta, condicionada a la aportación de garantía en forma de aval bancario por importe de cuatrocientos setenta y nueve mil cuatrocientos cuarenta y seis euros (479.446,00 €), y que fue declarada bastante por la Audiencia Nacional el 17 de Abril de 2012.
4. Por Sentencia de 29 de mayo de 2013 (recurso 715/2011), firme, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estima parcialmente el recurso contra la Resolución de 26 de octubre de 2011 que anula *“en el extremo relativo a la determinación del ámbito de la conducta infractora, devolviendo las actuaciones a la CNC a fin de que establezca el importe de la sanción de multa partiendo de la base del volumen de negocio de las Mezclas Bituminosas Calientes de la actora en la provincia de León.”*
5. A la vista de la Sentencia de la Audiencia Nacional, mediante escrito de 18 de Febrero de 2014, se solicitó a AGLOMERADOS LEÓN, S.L. el volumen de negocio de las Mezclas Bituminosas Calientes en León para el periodo comprendido entre Febrero de 2007 y Mayo de 2008, antes de la aplicación del IVA y otros impuestos, cuyo requerimiento ha sido contestado por escrito de fecha 14 de Marzo de 2014.

6. Con fecha 20 de marzo de 2014, la Dirección de Competencia, elaboró el Informe Parcial de Vigilancia relativo al expediente VS/0192/09 ASFALTOS, para el cálculo de la sanción a AGLOMERADOS LEÓN, S.L., en ejecución de sentencia de 29 de mayo de 2013 (vigilancia de la resolución del consejo de la comisión nacional de la competencia, de 26 de octubre de 2011, expediente S/0192/09, ASFALTOS).
7. Es interesado:
AGLOMERADOS LEÓN, S.L.
8. El Consejo deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 18 de junio de 2014.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, la puesta en funcionamiento de la misma se iniciará a la fecha que al efecto se determine por orden del Ministro de Economía y Competitividad. Mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC. Según la disposición adicional segunda de la misma Ley, “las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]” y “las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia se entenderán realizadas a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”.

En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013 y el artículo 14.1. a) del Estatuto Orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO.- 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.

La sentencia parcialmente estimatoria de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 29 de Mayo de 2013 que estima parcialmente el recurso contra la Resolución de 26 de Octubre de 2011, es firme y definitiva.

La Audiencia Nacional, tras llegar a la conclusión de que no se trata de un único cártel como entendía el Consejo de la extinta CNC en la citada Resolución, sino de tres

cárteles diferentes, y que la recurrente, AGLOMERADOS LEÓN, S.L. únicamente ha participado en la conducta relativa a la provincia de León (dispositivo séptimo), considera de manera ineludible que la determinación de la sanción queda afectada tanto en el aspecto temporal, como en el geográfico, procediendo devolver las actuaciones a la CNMC para que establezca de nuevo el importe de la sanción teniendo en cuenta dichas circunstancias.

TERCERO.- A la hora de calcular el importe de la sanción habrá que tenerse en cuenta los mismos criterios que se tuvieron en cuenta en la Resolución 26 de Octubre de 2011, pero como ordena la Audiencia Nacional, referidos al territorio del cártel de León y, por tanto, al período comprendido entre Febrero de 2007 y Mayo de 2008.

Tal y como se desprende de la Resolución, el extinto Consejo de la CNC tuvo en cuenta, para imponer la sanción:

- Que *"El importe básico de la sanción vendrá determinado por la aplicación de los criterios señalados en las letras a) a e) del artículo 64.1 de la LDC teniendo en cuenta, por tanto, la dimensión y características del mercado afectado, la cuota de mercado del infractor, el alcance de la infracción, su duración y sus efectos. Este importe básico se calculará como una proporción del volumen de ventas afectado por la infracción"*, entendiéndose el volumen de ventas afectado por la infracción como la suma ponderada de las ventas obtenidas por el infractor en los mercados de producto o servicio y geográficos donde la infracción haya producido o sea susceptible de producir efectos, durante el tiempo que la infracción haya tenido lugar.
- Que junto a la duración de la infracción en el cálculo del volumen de ventas afectado por la infracción, se debe atender a las otras circunstancias como la gravedad, la parte del mercado afectado, los efectos sobre consumidores y usuarios para fijar el porcentaje a aplicar al volumen de ventas afectado por la infracción.
- Que se trata de un cártel y por tanto de una conducta comprendida en las tipificadas como muy graves en el artículo 62.4 de la LDC, que afecta a una parte del mercado nacional de asfaltos, y por tanto el porcentaje a aplicar debe ser un 10% del volumen de negocios total de la empresa en el ejercicio anterior al de la imposición de la multa.
- Que acreditada la aplicación efectiva del acuerdo e incluso el efecto sobre los precios y la existencia de beneficios ilícitos, como se razona en el FD QUINTO de la Resolución de 26 de Octubre de 2011, no existe una evaluación del monto de los mismos, ni tampoco se aplican agravantes ni atenuantes.

Aplicando los anteriores criterios, y teniendo en cuenta para el cálculo de la multa el volumen de negocios antes de impuestos de AGLOMERADOS LEÓN, S.L., en el negocio de las Mezclas Bituminosas Calientes (MBC) en el territorio del cártel (Burgos, León y País Vasco) durante los años 2007, 2008 y 2009, la Resolución de 26 de Octubre de 2011 impuso una multa a AGLOMERADOS LEÓN, S.L. de

479.446 €, correspondiente al 10 % de la suma ponderada de las ventas obtenidas por el infractor en el citado sector de MBC, que se cuantificó en 4.794.462 €.

A la vista de lo anterior y del Informe Parcial de vigilancia de 20 de marzo de 2014, elaborado por la Dirección de Competencia en el caso de AGLOMERADOS LEÓN, S.L., este Consejo ha tenido en cuenta que, según información aportada por la empresa:

- El volumen de negocios del año 2010 (anterior a la adopción de la Resolución) correspondiente a AGLOMERADOS LEÓN, S.L., es de 6.454.368,11 € (escrito de 7 de Junio de 2011).
- El volumen de negocios correspondiente al mercado del asfalto o mezclas bituminosas en caliente, en la provincia de León, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados, entre Febrero de 2007 y Mayo de 2008 asciende a 1.872.471 € (Folio 440).
- La duración del cártel de León, tal y como queda determinado en la Sentencia de la Audiencias, alcanza desde Febrero de 2007 a Mayo de 2008.
- El volumen de negocios correspondiente al mercado del asfalto o mezclas bituminosas en caliente, en la provincia de León, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados es de 4.748.455,52 € en 2007 y de 1.420.814,00 € en 2008 (escrito de 9 de Diciembre de 2010).

A la luz de todo lo anterior, la sanción que corresponde imponer a AGLOMERADOS LEÓN, S.L. en ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de mayo de 2013 asciende a 155.063 euros, aplicando el mismo porcentaje de 10% consignado en la Resolución de 26 de Octubre de 2011 sobre la suma ponderada de las ventas obtenidas por el infractor correspondiente al mercado del asfalto o mezclas bituminosas en caliente, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados, *“pero limitada a la provincia de León y al periodo febrero 2007 y mayo 2008”*, tal y como ordena la Audiencia Nacional en su Sentencia de 29 de mayo de 2013 (recurso 715/2011)

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

HA RESUELTO

UNICO.- Imponer a AGLOMERADOS LEÓN, S.L., en ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de mayo de 2013 (recurso 715/2011), y en sustitución de la inicialmente impuesta en la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 26 de octubre de 2011 (Expte. S/0192/09 ASFALTOS), la multa de **155.063 euros**.



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a las partes interesadas, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.

VOTOS PARTICULARES

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz a la Resolución dictada en el día de hoy por esta Sala de Competencia en el marco del Expediente de Vigilancia VS/0192/09 ASFALTOS, tras ser deliberada los días 12 y 18 de Junio del 2014.

ANTECEDENTES

El Expediente de Vigilancia VS/0192/09 ASFALTOS le fue turnado a la Ponencia el día **21 de Marzo del 2014** y fue elevada para deliberación de esta Sala de Competencia el día **12 de Junio del 2014** y ante el desacuerdo fue retirada para correcciones.

Finalmente, la Ponencia elevó nuevamente este Expediente de Vigilancia para ser deliberado en la Sesión Plenaria del día 18 de Junio del 2014.

La Propuesta de Resolución fue aprobada **por mayoría simple** al anunciar dos Consejeros su discrepancia con la misma y la formulación de Votos Particulares Discrepantes.

En consecuencia de ello, formulo Mi Voto Particular Discrepante que concreto en los siguientes **MOTIVOS** afectatorios a la concreción de Hechos Probados y a la Fundamentación Jurídica.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Es un hecho probado que goza de certeza indubitada que esta Sala de Competencia, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en el día de hoy, **18 de Junio del 2014**, aprobó por mayoría simple la anterior Resolución.

Resolución en la que se acuerda en su Parte Dispositiva lo siguiente:

ÚNICO.- Imponer a AGLOMERADOS LEON S.L., en ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de mayo 2013 (Recurso 715/2011) y en sustitución de la inicialmente impuesta en la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 26 de Octubre de 2011 (Expediente S/0192/09 ASFALTOS) la multa de 155.063 €uros.

Previamente la Ponencia, en el Fundamento Tercero establecía en su plena literalidad los siguientes:

1º Que se trata de un cártel y por tanto de una conducta comprendida en las tipificadas como muy graves en el Artículo 62.4 de la LDC (sic) que afecta a una parte del mercado nacional de asfaltos y por tanto el porcentaje a aplicar debe ser un 10%

del volumen de negocios total de la empresa en el ejercicio anterior al de la imposición de la multa.

2º Que....no existe una evaluación del monto de los mismos, ni tampoco se aplican agravantes ni atenuantes.

3º A la vista de lo anterior y del Informe Parcial de Vigilancia de 20 de Marzo de 2014 elaborado por la Dirección de Competencia en el caso de AGLOMERADOS LEON S.L., este Consejo (sic) ha tenido en cuenta que, según información aportada por la empresa:

- *el volumen de negocios del año 2010 (anterior a la adopción de la Resolución) correspondiente a AGLOMERADOS LEON S.L., es de 6.454.368,11 Euros (escrito de 7 de Junio de 2011).*
- *Volumen de negocios correspondiente al mercado del asfalto o mezclas bituminosas en caliente, en la provincia de León, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados entre Febrero de 2007 y Mayo de 2008 asciende a **1.872.471 Euros** (folio 440).*
- *La duración del cartel de León (sic) tal y como queda determinado en la Sentencia de la Audiencia, alcanza desde Febrero de 2007 a Mayo de 2008.*
- *El volumen de negocios correspondiente al mercado del asfalto o mezclas bituminosas en caliente, en la provincia de León, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados es de 4.748.455,52 Euros en 2007 y de 1.420.814 Euros en 2008 (escrito 9 Diciembre 2010).*

4º A la luz de todo lo anterior, la sanción que corresponde imponer a AGLOMERADOS LEON S.L., en ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de Mayo de 2013 asciende a **155.063 Euros.**

SEGUNDO.- La causa remota es la Resolución dictada **el día 26 de Octubre del 2011**, por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en el marco del Expediente Sancionador S/0192/09 ASFALTOS y en cuya Parte Dispositiva **RESUELVE**

*Primero.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la existencia de una infracción del Artículo 1 de la Ley 15/2007 consistente en haber acordado y ejecutado el reparto del mercado de las Mezclas Bituminosas en Caliente y productos relacionados en las provincias de León, Burgos y en la Comunidad Autónoma del País Vasco, **en el periodo que va desde febrero del 2007 hasta, al menos, octubre del 2009** y de la que son responsables las empresas AGLOMERADOS LEON S.L.*

Segundo.- Imponer las siguientes sanciones a las autoras de la conducta infractora: AGLOMERADOS LEON S.L., una multa de 479.446 Euros, de la que es responsable solidaria su matriz FIRMES Y CAMINOS S.A.

Previamente, el texto que conforma esta Resolución dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en las páginas 72 y 73, literalmente establece:

*“En aplicación de estos criterios y para hacer transparente y previsible el cálculo de las sanciones, el Consejo de la CNC **ha adoptado la Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones** derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007 que se ha utilizado en el cálculo de las sanciones....*

Para el cálculo de la multa el Consejo ha tenido en cuenta el volumen de negocios antes de impuestos, que las empresas han aportado obtenido del negocio de las Mezclas Bituminosas Calientes en el territorio del cártel, Burgos León y País Vasco y por la duración acreditada de su participación.....

.....si bien no existe una evaluación del monto de los mismos”.

No obstante, teniendo en cuenta que el cártel acreditado afecta a una parte del mercado nacional de asfaltos, el Consejo considera que el porcentaje a aplicar debe ser un 10%”.

TERCERO.- La causa inmediata es la Sentencia dictada el día **29 de Mayo del 2013** por la *Ilma. Sección Sexta*, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional (Recurso 715/2011) y en cuya Parte Dispositiva **RESUELVE:**

*“Que debemos **ESTIMAR EN PARTE Y ESTIMAMOS** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de ASFALTOS DE LEON y FIRMES Y CAMINOS S.A., (**sic**) contra el Acuerdo dictado el día 26 de octubre de 2011 por la Comisión Nacional de la Competencia descrito en el Fundamento Jurídico Primero de esta Sentencia, **el cual anulamos en el extremo relativo a la determinación del ámbito de la conducta infractora, devolviendo las actuaciones a la CNC a fin de que establezca el importe de la sanción de multa partiendo de la base del volumen de negocio de las Mezclas Bituminosas Calientes de la actora en la provincia de León”.***

Previamente la Ilma. Sala establece **meridianamente claro** y citamos en su plena literalidad:

*“La Sala una vez examinado el expediente administrativo comprueba que **carece de elementos fácticos para determinar con precisión cuál fue el volumen de negocio antes de impuestos de la empresa actora en el territorio del cártel del que es responsable, la Provincia de León, durante el periodo febrero 2007-mayo 2008 en el que se desarrolló la conducta infractora”.***

*“En consecuencia, procede estimar en parte el recurso y **declarar a la actora***

- (1) responsable de una conducta contraria al Artículo 1 LDC tal y como ha sido tipificada por la CNC,**
- (2) pero limitada a la Provincia de León,**
- (3) y al periodo febrero 2007 a mayo 2008**

- (4) devolviendo las actuaciones a la CNC a fin de que establezca el importe de la sanción de multa **partiendo del volumen de negocio** de las Mezclas Bituminosas Calientes de la actora en el referido **ámbito geográfico** y teniendo en cuenta para establecerlo que **la conducta se desarrolló entre febrero de 2007 a mayo 2008**".

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A modo de **proemio** dejar acreditado que, dado que por la Ponencia se traslada **miméticamente** a la Resolución que ha sido aprobada, por mayoría simple, el Informe de Vigilancia **se incurre** en los mismos defectos técnico-jurídicos que se observan en éste. Así, se hace referencia al Consejo, cuando debería decirse a la Sala de Competencia; dar por bueno el aserto que hemos transcrito del citado Informe Final de Vigilancia en orden a la aplicación del 10% sobre el volumen de negocio, **sin ulterior motivación** y en clara inaplicación de lo ordenado por la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia ex Artículos 63 (sanciones) y 64 (criterios para la determinación del importe de las sanciones); y lo que es más importante, interpretar sin causa que la Sentencia dictada por la Ilma. Sección Sexta, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional **le obliga imperativamente a mantener el porcentual del 10% sobre el volumen de negocios, para fijar el importe de la sanción.**

Mutatis mutandi deviene de aplicación lo prevenido en el Artículo 3 del Código Civil "en el orden interpretativo".

Resultaría absurdo, jurídicamente hablando, que sí la Sentencia de la Sala **revoca** en todas sus partes la resolución administrativa y **modifica** el ámbito territorial en el que se ha cometido la conducta infractora; el periodo temporal de la conducta; reconviene y admoniza a la CNC al no acreditar constancia en el expediente del volumen de negocios de la empresa sancionada (.....) y a pesar de ello imponerle una sanción; entendiéndose todo ello como **enmienda a la totalidad**, se pueda asumir, seguidamente por esta Sala de Competencia sin base argumentativa alguna y contrariando lo resuelto por la Ilma. Sala **empecinándose en el porcentual del 10%** y ello amparándose en la famosa Comunicación, que cita de pasada pero no desarrolla ni motiva, **vulnerando el principio de jerarquía normativa, al aplicar frente a normas legales** (Artículos legales 63 y 64 de la Ley 15/2007 y/o en su caso Artículo 10 de la Ley 16/1989) criterios de rango inferior a una Ley: la Comunicación.

Con valor **obiter dictum** la Comunicación (1) de ser aplicada, en todos los casos e indefectiblemente dará un resultado porcentual superior al **10%** algo no querido, ni permitido, en ese caso, por la Ley 15/2007 y (2) por venir de una fórmula aleatoria ad hoc, sin soporte científico alguno.

Absurdo jurídico que llevaría, ante la inexistencia en el expediente del volumen de negocios de AGLOMERADOS LEON S.L., **a la obligada aplicación**, por mor del principio de legalidad, de lo prevenido en el **Artículo 63.3.c)** a imponerles una sanción **de más de 10 millones de euros**.

SEGUNDO.- En orden a la cuantificación de la sanción, **mi primera discrepancia** se concreta a la imposibilidad de aceptar y asumir la Resolución dictada por esta Sala de Competencia en cuanto al porcentual del 10% a aplicar sobre el volumen de negocios. Esto es, asumo el volumen de negocios que se cifra en la cantidad de 1.420.814,00 €uros **pero no** el porcentual del 10%, por las razones que posteriormente desarrollo.

Me cabe en este punto y hora decir, que en todo caso, la Resolución dictada por esta Sala de Competencia incurre en una **incorrección aritmética** por cuanto el 10% de 1.420.814 euros en modo alguno da como resultado la cantidad de 155.063 euros; sino más bien, la cantidad de 142.081,40 euros.

Error importante, por cuanto supone un desvío de **12.981,60 euros** en términos absolutos y en porcentuales de un **9,1627919%** que se repercute sobre el administrado, vulnerando el principio de seguridad jurídica, entre otras posibles consideraciones, **por falta de diligencia**.

TERCERO.- Sin embargo de lo anterior, mi **discrepancia sustantiva** radica en el porcentual a aplicar al volumen de negocios concretado, que entiendo debe ser el del **5,01%** por las consideraciones que seguidamente concreto:

1ª Según dispone la Sentencia dictada el día 29 de Mayo del 2013 (Recurso 715/2001) por la Ilma. Sala Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional **debe estarse** a los siguientes pronunciamientos **(1)** conducta contraria al Artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia **(2)** tipificada como muy grave ex Artículo 62 **(3)** limitada a la Provincia de León y **(4)** en el periodo temporal que va desde el mes de Febrero del 2007 al mes de Mayo del 2008.

Pronunciamientos sustantivos, **enmienda a la totalidad**, que me llevan a considerarlos como circunstancias modificativas de la responsabilidad (atenuantes) a tenerlos en cuenta en orden a la cuantificación final del porcentual a aplicar ex Artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia: **principios de legalidad y seguridad jurídica**.

2ª Ello enlaza con los **principios de tipicidad y discrecionalidad** en orden a la ponderación, proporcionalidad e individualización de la sanción para adaptarla y adecuarla a la gravedad de la conducta tipificada.

De así que siguiendo la doctrina jurisprudencial del **Tribunal Supremo** (por todas, SSTs de 1 de Diciembre de 2010 Recurso de casación 2685/08; de 29 de Enero de 2013 Recurso de casación 2496/2012; de 28 de Junio de 2013 Recurso de casación 1947/2010) y de la **Audiencia Nacional** (por todas, SSAN de 10 de Noviembre de 2010 Recurso 637/2009; de 22 de Noviembre de 2010 Recurso 365/2009; de 18 de

Enero de 2011 Recurso 266/2009; de 10 de Febrero de 2011 Recurso 318/2010; de 13 de Octubre de 2011 Recurso 795/2009; de 10 de Noviembre de 2011 Recurso 846/2009), deban valorarse:

- (a) la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia (b) la dimensión y características del mercado afectado (c) los efectos de la infracción sobre consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos (d) la duración de la conducta/conductas restrictivas de la competencia y (e) la reiteración y demás circunstancias agravantes y/o atenuantes, en su caso.

3º La Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, en tanto que norma aplicable en el presente Expediente Sancionador, dispone en su **Artículo 62 Infracciones** “y las clasifica como leves, graves y muy graves” en función de la gravedad de las conductas imputadas, que desarrolla y enumera, a efectos del cumplimiento del principio de seguridad jurídica, en armonía y concordancia con el principio de legalidad ex Artículo 9 de la Constitución Española.

En el siguiente **Artículo 63 Sanciones** dispone en su apartado primero que “los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones: (a) las infracciones leves con multa de hasta el 1% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa; (b) las infracciones graves con multa de hasta el 5% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa y (c) las infracciones muy graves con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa”.

Cuando ello no sea posible al no poder delimitarse el volumen de negocios a que se refiere el apartado primero, el siguiente apartado tercero dispone que “las infracciones tipificadas en la presente Ley serán sancionadas en los términos siguientes: (a) las infracciones leves con multa de 100.000 a 500.000 euros; (b) las infracciones graves con multas de 501.000 a 10.000.000 de euros; y (c) las infracciones muy graves con multa de más de 10.000.000 de euros”.

A la luz de todo lo anterior y de lo prevenido en el Artículo 3 del Código Civil y poniendo en armonía y relación lo dispuesto en los apartados primero y tercero del citado Artículo 63 de la Ley 15/2007, concluyo diciendo *prima facie* (haciendo abstracción de la existencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad) que:

- a) el segmento de cuantificación de las infracciones leves se mueve entre el 0,001 y llega hasta el 1%.
- b) El segmento de cuantificación de las infracciones graves se mueve entre el 1,001% y llega hasta el 5%.

c) Y el segmento de cuantificación de las infracciones muy graves se mueve entre el 5,01 y llega hasta el 10%.

Lo contrario sería una interpretación **contra legem** que llevaría al absurdo, una vez calificada la conducta como muy grave terminar imponiendo una sanción-multa cuantificada en el segmento de la conducta grave; o la grave cuantificarla en el segmento leve y así hasta el absurdo infinito.

4ª Un ítem más, la **Audiencia Nacional** en la muy reciente Sentencia de 30 de Enero de 2014 Recurso 422/1012 establece en el Fundamento de Derecho Sexto que *“no obstante, a la hora de realizar la cuantificación de las sanciones, en materia de derecho de la competencia, debe tenerse en cuenta el concepto de empresa concebido como una unidad económica (...)”*.

Y en orden a la violación del principio de proporcionalidad de las sanciones y sin perjuicio de lo prevenido en el Artículo 63.1.a) de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia entiende que *“esa es la cifra máxima a imponer, conforme a la gravedad de la conducta, lo cual no necesariamente significa que deba procederse así”*.

Y al efecto **recuerda** que *“constituye un principio esencial del derecho punitivo sancionador español la división de las sanciones en grados (mínimo, medio y máximo) dependiendo de la fijación de la cuantía de la multa en la concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad”*.

CUARTO.- Por consecuencia de todo lo anterior, este Consejero discrepante entiende que a la luz de lo ordenado por la Ilma. Sala en su Sentencia de 29 de Mayo del 2013 (Recurso 715/2011) tantas veces citada, **PROCEDE** imponer a AGLOMERADOS LEON S.L., y solidariamente a su matriz FIRMES Y CEMENTOS S.A., una sanción de **71.633,78 Euros** por la aplicación del porcentual del **5,01%** sobre el volumen de negocios de **142.981,60 Euros** por consecuencia de la conducta que se le imputa en la Provincia de León, en el mercado de las Mezclas Bituminosas Calientes.

Y ello por aplicación de lo prevenido en Los Artículos 62 (calificación y tipificación de la conducta), Artículo 63.1.c) (sanciones) y Artículo 64 (criterios) de conformidad y armonía con mi desarrollo argumentativo concretado precedentemente.

Sanción que entiendo procede imponer en su **grado mínimo**, habida cuenta que de conformidad con lo ordenado por la Ilma. Sala en su Sentencia, tantas veces citada, al entenderse como una enmienda a la totalidad, **al concretar ex novo** la modificación del ámbito territorial de la conducta y del periodo temporal de la misma, así como la inexistencia anterior del volumen de negocios, como vías necesarias para sancionar conforme a Derecho (ex Principio de Seguridad Jurídica) **deben entenderse como circunstancias atenuantes modificativas de su responsabilidad**.

Así por este Mi Voto Particular Discrepante lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, a 18 de Junio del 2014.

Fernando Torremocha y García-Sáenz. Consejero

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el miembro del Consejo Benigno Valdés Díaz a la presente *Resolución*, aprobada en la Sesión Plenaria de la SALA DE COMPETENCIA de la CNMC del día 18 de junio del 2014, en el marco del Expediente VS/0192/09 ASFALTOS.

Mi discrepancia se explicita de este modo:

PRIMERO.- En el marco del EXPTE. S/0192/09, el Consejo de la extinta CNC, por *Resolución* de 26 de Octubre de 2011, impuso a la empresa AGLOMERADOS LEON, S. L., de la que es responsable solidaria su matriz FIRMES Y CAMINOS, S. A., multa de 479.446 euros. La citada *Resolución* fue recurrida por dichas empresas ante la Audiencia Nacional, quien por Sentencia de 29 de Mayo de 2013, Recurso 715/2011, estableció lo siguiente:

- (1) El mercado afectado por la infracción no fue el de las provincias de León, Burgos, Álava, Vizcaya y Guipúzcoa –como consideró el Consejo de la CNC–, sino *únicamente el de la provincia de León*.
- (2) La infracción no se prolongó desde el 01/02/2007 hasta el 31/10/2009 – como también consideró el Consejo la CNC–, sino desde el 01/02/2007 hasta el 31/05/2008; es decir, no durante 1003 días sino durante 485 días.

En consecuencia, en la mencionada Sentencia la AN falló devolver las actuaciones a la CNC, en la actualidad Sala de Competencia de la CNMC, a fin de que recalculase la multa tomando en cuenta esos factores y el “*volumen de negocio de la empresa infractora en el mercado de las Mezclas Bituminosas Calientes en la provincia de León*”.

SEGUNDO.- Para el cumplimiento de la Sentencia de la AN son de aplicación los siguientes preceptos:

- (1) El Artículo 62-4-a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que tipifica la pertenencia a un cártel como *infracción muy grave*.
- (2) El Artículo 63-1-c) de la misma Ley, que estipula lo siguiente: Las infracciones muy graves podrán ser sancionadas “*con multa de hasta el 10% del volumen de negocio total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa*”. Por “*volumen de negocio total de la empresa infractora*” ha de entenderse el ingreso obtenido **en el mercado afectado por la infracción**. En este caso, y como señala la Sentencia de la AN, el de *las Mezclas Bituminosas Calientes en la provincia de León*.

- (3) El Artículo 64.1, donde se estipula que para fijar la sanción se debe atender, entre otros factores, a **“la dimensión del mercado afectado por la infracción”** y **“la duración de la infracción”**.

TERCERO.- Consta en el EXPTE. S/0192/09 (Vid. *Contestación de la empresa*, con entrada en la CNC el día 07/06/2011) que el ingreso obtenido por AGLOMERADOS LEON, S. L. en el mercado de las Mezclas Bituminosas Calientes en la provincia de León y en el año 2010 –que es **“el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”**– asciende a [CONFIDENCIAL].

CUARTO.- Con base en todo lo anterior, este Consejero entiende que la manera de proceder para dar cumplimiento a la Sentencia de la AN es la siguiente:

La SALA DE COMPETENCIA de la CNMC debe determinar el porcentaje x% que, atendiendo a los preceptos arriba indicados, considere adecuado en consideración a lo establecido en el Artículo 64.1 de la Ley 15/2007. Una vez determinado ese porcentaje, éste debe ser aplicado, como dice la Ley, al volumen de negocio obtenido por AGLOMERADOS LEON, S. L en el mercado de las Mezclas Bituminosas Calientes en la provincia de León en el año 2010.

Cualquiera que hubiera sido el porcentaje que, en estricto cumplimiento del Artículo 63-1-c) de la Ley 15/2007, el Consejo de la extinta CNC hubiera determinado en su Resolución de 26 de Octubre de 2011, el nuevo x% debe ser inferior. Eso obedece a que dos de los elementos que, en cumplimiento del Artículo 64.1, tuvieron que ser considerados por el Consejo de la CNC, ahora poseen un peso inferior: la *extensión del mercado afectado* y la *duración de la infracción*.

QUINTO.- La Resolución que ahora nos ocupa no opera de esa forma, sino que da por cumplida la Sentencia de la AN *“aplicando el porcentaje del 10% consignado en la Resolución de 26 de Octubre de 2011 sobre la suma ponderada de las ventas obtenidas por el infractor correspondiente al mercado del asfalto o mezclas bituminosas en caliente, pero limitada a la provincia de León y al periodo febrero 2007 y mayo 2008, tal como ordena la Audiencia Nacional en su Sentencia de 29 de Mayo de 2013 (recurso 715/2011)”*.

Este Consejero entiende que la AN *no ha ordenado tal cosa*, que, por lo demás, es imposible llevar a la práctica. Para hacer una ponderación se necesitan (i) al menos dos cifras, y (ii) el peso asignado a cada una. Pero el volumen de negocios *entre febrero de 2007 y mayo de 2008* es una cifra (1.872.471€, según consta en el Expediente, folio 440), **no dos**, de modo que este Consejero no acierta a entender qué es lo que se ha ponderado, y con qué pesos, para llegar a la conclusión de que la multa debe ser **155.063 euros**.

Este Consejero sabe que la extinta CNC se dotó a sí misma de un método para calcular multas que hizo público a través de su *Comunicación sobre Sanciones*, aprobada por el Consejo con fecha 6 de Febrero de 2009. Con independencia de la opinión que le merece ese método –desfavorable– este Consejero ha querido

comprobar si la multa de **155.063 euros** fijada en la presente *Resolución* proviene de una aplicación “interpretativa” de esa *Comunicación* al caso que nos ocupa. Por ejemplo: como la participación de AGLOMERADOS LEON, S. L., en el cártel se extendió a un periodo que ocupa el 92% del año 2007 y el 42% del año 2008, cabe la posibilidad de que, en la aplicación de la *Comunicación*, se hubieran “ponderado” los volúmenes de negocios de 2008 y 2007 en el mercado afectado con pesos de 0,42 y 0,92, respectivamente. Pero el resultado no es 155.063 euros.

SEXTO.- En conclusión, este Consejero desconoce cómo ha llegado la mayoría de esta SALA DE COMPETENCIA de la CNMC a concluir que la Sentencia de la AN que ahora nos ocupa queda adecuadamente cumplida imponiendo a la empresa infractora una multa de **155.063 euros**. Y para este Consejero ése hecho es suficiente para no votar afirmativamente la *Resolución*, por cuanto ésta debe expresar con claridad la forma en la que la SALA obtiene el monto de la multa.

Lo que sí conoce este Consejero, porque estaba presente en la deliberación, es que, en todo caso, a la hora de decidir la cuantía de la multa la SALA no siguió el procedimiento que, a juicio de este Consejero, debió seguirse en cumplimiento de la Ley 15/2007, razón por la que discrepo de la *Resolución*.

SEXTO.- Este Consejero también considera relevante señalar que, en todo caso, y cualquiera que haya sido el método por el que la mayoría de los miembros de la SALA ha fijado la multa en 155.063 euros, la implicación, *a posteriori*, es que esa cifra representa el 4% del *volumen de negocios de la empresa infractora en el mercado de las Mezclas Bituminosas Calientes en la provincia de León en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa*; y eso puede plantear un problema: ¿Es *adecuado* aplicar en una infracción tipificada como *muy grave* un porcentaje sancionador propio de las infracciones graves, particularmente cuando, como es el caso, *no se dispone de un poderoso atenuante al que recurrir*? La Audiencia Nacional parece abordar *indirectamente* este asunto en, entre otras, la SAN 4598/2012, Recurso 188/2012, de 23 de Diciembre de 2013:

*“Una interpretación del límite del 10% conforme a la Constitución, exige entender que el mínimo de la sanción será el 0% y el máximo el 10% debiendo graduarse la multa dentro de esta escala, **según las agravantes y atenuantes concurrentes**, valorando su duración y gravedad, desde la perspectiva de la escala establecida por el legislador de 2007, respecto de las infracciones leves – hasta el 1% -, de las graves – hasta el 5% -, y de las muy graves – hasta el 10% -. Nada impide que las respectivas multas se fijen en atención a toda la escala, **pero razonando en cada caso la concreta gravedad en la conducta de cada infractor que justifique la fijación del concreto porcentaje**”.*

Es posible que el Artículo 63.1 de la Ley 15/2007 y la mencionada sentencia de la AN puedan, en su literalidad, interpretarse bien en el sentido de responder “sí” o de responder “no” a la pregunta anterior. Pero, en ausencia de poderosísimos factores atenuantes –que, insistimos, no se dan en este caso–, a juicio de este Consejero sólo la respuesta negativa resulta compatible con el *esforzado empeño del legislador del*

2007 por tipificar tan detalladamente las diferentes infracciones, así en lo referente a su gravedad como a las sanciones correlativas.

SÉPTIMO.- En relación con el apartado anterior este Consejero conoce que la SALA de COMPETENCIA de la CNMC no es partidaria, al menos no sin extraordinarias razones para ello, de sancionar infracciones muy graves con porcentajes propios de infracciones tipificadas como graves o leves. Pero “anomalías” como la que nos ocupa ocurren cuando el órgano sancionador determina las multas procediendo *al revés* de como –a juicio de este Consejero– establece la Ley 15/2007.

En efecto, Ley 15/2007, y su interpretación por la Audiencia Nacional, indican que, sobre la base de los Artículos 62, 63 y 64, el órgano sancionador determine, dentro del intervalo (0%, 10%), **el porcentaje** apropiado; el cual, al ser aplicado al “*volumen de negocios de la empresa infractora [en el mercado afectado] en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa*”, da como resultado el *monto* de ésta. Pero si en lugar de eso el órgano sancionador se dota a sí mismo de un método para determinar *primero el monto* y luego, como derivado, el porcentaje, se expone a que aparezcan “anomalías”; por ejemplo, que el porcentaje así obtenido sea superior al 10% que la Ley establece como techo; o que, como en el caso que nos ocupa, sea inferior al *razonable “desde la perspectiva de la escala establecida por el legislador de 2007”*.

Así por este mi Voto Particular Discrepante, lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, a 19 de junio de 2014.