

**RESOLUCIÓN DE VIGILANCIA
(Expte. VS/0226/10 LICITACIONES DE CARRETERAS)**

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortíz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

Secretario

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 31 de Julio 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/0226/10 LICITACIONES DE CARRETERAS, cuyo objeto es la vigilancia de la Resolución del Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, CNC) de 19 de Octubre de 2011, recaída en el expediente S/0226/10 LICITACIONES DE CARRETERAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 19 de Octubre de 2011, en el expediente sancionador S/0226/10 LICITACIONES DE CARRETERAS, el Consejo de la extinta CNC, acordó en relación con CHM OBRAS E INFRAESTRUCTURAS S.A. (antes Constructora Hormigones Martínez, S.A. y en adelante CHM) lo siguiente:

“PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007 de la que son responsables (...)

CONSTRUCTORA HORMIGONES MARTINEZ, S.A. ...

consistente en la coordinación de sus comportamientos competitivos para alterar el resultado de las licitaciones públicas de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas y, en particular, el importe de las bajas presentadas a dichas licitaciones.

SEGUNDO *Imponer las siguientes multas a las autoras de la infracción:*

(...)

- 5.055.380€ a CONSTRUCTORA HORMIGONES MARTINEZ, S.A.;

(....)

TERCERO. Declarar que no ha quedado acreditado la comisión de infracción por parte de ALVARGONZÁLEZ CONTRATAS, S.A., BENITO ARNÓ E HIJOS, S.A., CARIJA S.A.; CONSTRUCCIONES SEVILLA NEVADO, S.A.; OBRAS, PAVIMENTOS E INSTALACIONES INDUSTRIALES, S.L. y CONTRATAS Y OBRAS SAN GREGORIO, S.A.

CUARTO. Instar a la Dirección de Investigación la incoación de expediente sancionador contra CAMPEZO CONSTRUCCIÓN, S.A. por su participación en los hechos que se describen en esta Resolución.

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

2. Con fecha 20 de octubre de 2011, fue notificada dicha Resolución a CHM, contra la cual interpuso recurso Contencioso Administrativo (Rec. 632/2011).
3. Mediante Auto de 20 de febrero de 2012, la Audiencia Nacional acordó suspender la ejecución de la citada Resolución, condicionada a la prestación mediante aval bancario o cualquier otra admitida en derecho por importe de 5.055.380€.
4. No obstante, por Auto de 15 de abril de 2013 (corregido mediante Auto de 30 de abril de 2013, por error material) la Audiencia Nacional desestimó el recurso de reposición contra la Providencia de 18 de diciembre de 2012 por la que no se consideró suficiente la garantía aportada, dadas las discrepancias existentes entre la realidad física de los inmuebles y la descripción registral. Dicho Auto se notificó a CHM el día 10 de mayo de 2013.
5. Con fecha el 20 de mayo de 2013, CHM presentó ante la extinta CNC, solicitud de fraccionamiento de pago de la deuda, que fue concedido por Resolución del Presidente de la antigua CNC de 9 de julio de 2013, con un plazo de 6 años (24 pagos trimestrales), condicionado a la formalización de la garantía hipotecaria ofrecida por CHM en su solicitud, que fue finalmente aceptada el 16 de octubre de 2013.

CHM ha hecho efectivo el pago de los dos primeros plazos del fraccionamiento en la correspondiente fecha de vencimiento: 214.103,42 €, el 21 de octubre de 2013 y 216.227,14 €, el 20 de enero de 2014, lo que hace un total de 430.330,56 € pagados hasta la fecha.

6. Mediante sentencia de 11 de diciembre de 2013, la Audiencia Nacional estimó parcialmente el recurso contencioso dejando sin efectos la sanción impuesta a CHM, ordenando retrotraer las actuaciones para que la CNMC, mediante resolución motivada, dicte acuerdo sancionador atendiendo al volumen afectado por la infracción, en los términos indicados en el fundamento de derecho décimo de dicha

Sentencia. Contra dicha Sentencia se ha interpuesto recurso de casación por CHM, sin que haya recurrido la Administración.

7. Con fecha 6 de marzo de 2014, el representante de CHM, mediante escrito, solicitó la inmediata ejecución de la Sentencia al objeto de que se dicte Resolución por parte de la CNMC en la que se fije el nuevo importe de la sanción, de conformidad con lo ordenado en la referida Sentencia, entendiéndose que no procede la continuación de los pagos fijados en la resolución de fraccionamiento.
8. Con fecha 18 de marzo de 2014, de conformidad con el artículo 42.3 del RDC, y con carácter previo a la elaboración del Informe parcial de Vigilancia a elevar al Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) se notificó a CHM la Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia de fecha 14 de marzo de 2014, al objeto de que pudiera formular las alegaciones que tuviera por convenientes. Dicha Propuesta cifraba el importe de la multa a imponer a CHM en 1.085.426,54 €.
9. Con fecha 4 de abril de 2014, tuvo entrada escrito de alegaciones del representante legal de CHM, a la Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia, solicitando la exclusión de dos contratos para el cálculo del importe de la sanción.
10. Con fecha 5 de mayo de 2014, la Dirección de Competencia, elaboró el Informe Parcial de Vigilancia relativo al expediente VS/0226/10 LICITACIONES DE CARRETERAS, proponiendo un nuevo importe alternativo de la multa a imponer a CHM de 790.975,93€, y considerando que procede la suspensión de la Resolución de fraccionamiento hasta que el Consejo de la CNMC resuelva.
11. Es interesado:
 - CHM OBRAS E INFRAESTRUCTURAS S.A.
12. El Consejo deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 31 de Julio de 2014.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO. Habilitación competencial.

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC, 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 las 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 RD 657/2013, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. Sobre la ejecución de sentencia de la Audiencia Nacional.

Tal y como se recoge en el Antecedente de Hecho 6, la Audiencia Nacional en su Sentencia de 11 de diciembre de 2013, estima parcialmente el recurso contencioso dejando sin efectos la sanción impuesta a CHM, debiendo el Consejo de la CNMC mediante resolución motivada, dictar acuerdo sancionador atendiendo al volumen afectado, conforme al fundamento de derecho décimo de dicha Sentencia:

“Sin embargo habremos de dar la razón a la recurrente, en tanto en cuanto ha quedado acreditado el erróneo cálculo de la sanción impuesta al haberse partido de una cifra incorrecta que incluía no sólo la facturación de CHM en obras de conservación, mejora, refuerzo, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas, sino en otros tipos de contratos públicos, especialmente de construcción.(...)”

“Por consiguiente en términos de proporcionalidad e interpretado conjuntamente el art. 63.1.c y 64 procede atender al mercado afectado por la infracción y que no es otro que la conservación, mejora, refuerzo, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas, todo lo que exceda de dicho mercado debe ser excluido del cálculo de la sanción. En consecuencia, procede la estimación del recurso contencioso-administrativo que formula la recurrente, CHM, anulándose la resolución impugnada, pero debiéndose retrotraer las actuaciones para que la CNC mediante resolución motivada, dicte acuerdo sancionador atendiendo al volumen afectado por la infracción antes referido.”

TERCERO. Sobre el cálculo de la sanción.

La Dirección de Competencia, en su Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia de fecha 14 de marzo de 2014, y en cumplimiento de la citada Sentencia, procedió a realizar el nuevo cálculo de la sanción impuesta por la Resolución de 19 de Octubre de 2011 del Consejo de la extinta CNC.

Tras el análisis de los 12 contratos presentados por CHM en su escrito de 6 de marzo de 2014, la Dirección de Competencia concluye que *“(...) los contratos a excluir y su importe serían los relacionados en la siguiente tabla:*

CONTRATO*	MOTIVO EXCLUSION	AÑO 2008	AÑO 2009
		IMPORTE	IMPORTE
1	Construcción. No mercado definido		582.900
2	Construcción. No mercado definido		1.025.060
3	Construcción. No mercado definido	3.398.370	
4	Construcción	2.099.400	2.201.020
5	Contrato Administrativo de obra. No mercado definido		4.143.210
6	Acondicionamiento. No mercado definido		1.861.070
7	No mercado definido. Otros	1.550.530	5.045.130
8	No mercado definido		411.570
9	No mercado definido	1.328.070	132.810
10	Contrato de obras de reconfiguración		2.350.570
11	No adjudicado a CHM		
12	Adjudicado por procedimiento abierto		
TOTAL (B)		8.376.370	17.753.340

A la vista de lo anterior podemos concluir:

	2008	2009
Volumen considerado en la Resolución (A)	9.118.000	23.188.000
Volumen contratos a descontar (B)	8.376.370	17.753.340
Volumen resultante (A)-(B)	741.630	5.434.660

Además, la Dirección de Competencia entiende que para realizar el cálculo de la nueva sanción a CHM, "(...) procede aplicar los mismos criterios seguidos por el Consejo de la CNC en la Resolución, criterios que han sido corroborados por la Audiencia Nacional, excepto en el volumen de negocios de partida, que habrá de ser exclusivamente el correspondiente al del mercado de contratos de refuerzo, conservación, mejora, renovación o rehabilitación de firmes y plataformas de 2008 y 2009". Así pues, y teniendo en cuenta que en la Resolución de la CNC se tomaba el 50% del mercado afectado en 2008, estos criterios se aplicarían según la siguiente tabla:

	2008	2009
Volumen ventas afectado (A)	370.815 (741.630/2)	5.434.660
Coefficiente temporal (B)	0,75	1
Volumen ventas ponderado (A)*(B)	278.111,25	5.434.660
VOLUMEN VENTAS TOTAL	5.712.771,25 (278.111,25 + 5.434.660)	
Porcentaje por sanción (19%)*	1.085.426,54 (5.712.771,25 * 19%)	

*CHM, tal y como ha quedado acreditado en el expediente, ha participado en 7 licitaciones, lo que lleva a un 19% por sanción, derivado de la aplicación a un tipo básico del 5% de la primera licitación más un porcentaje del 2% por cada una de las demás licitaciones en las que ha concurrido.

De acuerdo a todo lo anterior, en ejecución provisional de la Sentencia de la AN de 11 de diciembre de 2011, la Dirección de Competencia, propone imponer a CHM, una multa de 1.085.426,54 €.

Por otro lado, la Dirección de Competencia considera que, “Teniendo en cuenta que de acuerdo con la Resolución de fraccionamiento del Presidente de la CNC de 9 de julio de 2013, el tercer plazo del fraccionamiento por importe de 218.304,69 € deberá hacerse efectivo el próximo 21 de abril de 2014, esta Dirección considera que procede la suspensión de dicha Resolución de fraccionamiento hasta que el Consejo de la CNMC resuelva.”

CUARTO. Sobre las alegaciones presentadas por CHM

Con fecha 4 de abril de 2014, tuvo entrada escrito de alegaciones del representante legal de CHM a la Propuesta de Informe Parcial de Vigilancia que, de acuerdo con el Informe Parcial de Vigilancia, manifiesta lo siguiente:

1.- Su conformidad con la exclusión de los contratos numerados del 1 al 10, ambos inclusive, para el cálculo de la sanción.

2.- Respecto de la no exclusión del contrato nº 11: “Conservación y refuerzo en la autovía A-7 PL 572 al 582. Resto de obra. (folios 3351 a 3354)” para el cálculo de la sanción.

Considera el alegante que tratándose de un contrato de cesión privado, tal y como reconoce la propia Subdirección de Vigilancia en la propuesta de informe parcial, debe entenderse al margen, tanto del objeto del expediente como del mercado relevante

definido en el mismo y que no es otro que el de las licitaciones públicas para la conservación, mejora, refuerzo, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas.

3.- Respecto de la no exclusión del contrato nº 12: “Señalización y defensas de la carretera A-1101 de Sorbas a Zurgena en varios PP. KK. Y TT. MM Sorbas y Lublin (folios 3278 a 3301)” para el cálculo de la sanción.

Considera CHM que aun tratándose de un contrato adjudicado por concurso abierto cuya exclusión también ha sido rechazada por la Audiencia Nacional en su Sentencia de 11 de diciembre de 2013, a la hora de recalcular la sanción hay que considerar que la propia Audiencia Nacional dice en esa misma Sentencia que hay que retrotraer las actuaciones al momento en el que fue aportada la información, momento en el que tanto el PCH como la Propuesta de Resolución se referían exclusivamente a las licitaciones restringidas.”

La DC da contestación a las mismas, en el Informe Parcial de Vigilancia de fecha 5 de mayo, de la siguiente manera:

“1.- Respecto del contrato nº 11, no es discutido que forma parte de la facturación de CHM y por tanto de su volumen de negocios relativo a la conservación, mejora, refuerzo, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas de 2009, ni que, precisamente por tratarse de un contrato de cesión, fuera objeto de licitación y posterior adjudicación a CHM.

De acuerdo con lo anterior la discusión se centra en si ha de ser o no excluido a la hora de calcular la sanción y para ello considera esta Dirección que, si bien, tal y como se decía en la propuesta de Informe parcial, el contrato forma parte de la facturación de CHM en el mercado de contratos de refuerzo, conservación, mejora, renovación o rehabilitación de firmes y plataformas de 2009, es cierto que el mismo no puede ser considerado como parte de la facturación de CHM de las licitaciones públicas para la conservación, mejora, refuerzo, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas de 2009, que es lo que según dice la Audiencia Nacional ha de considerarse como mercado afectado por la infracción sobre el que ha de calcularse el monto de la sanción.

2.- Respecto al contrato nº 12, no puede esta Dirección más que reiterar lo dicho por el Consejo de la CNC en la Resolución y que ha sido corroborado por la Audiencia Nacional en el sentido de rechazar “el criterio sostenido por la recurrente de excluir las licitaciones derivadas de los procedimientos abiertos, siendo el de los restringidos en el que se ha observado el cártel acreditado en autos.”

En cuanto a que como dice el alegante se han de retrotraer las actuaciones al momento en el que fue aportada la información, momento en el que tanto el PCH como la Propuesta de Resolución se referían exclusivamente a las licitaciones restringidas, esta Dirección no puede estar más en contra.

En primer lugar porque la Audiencia Nacional lo que dice es que habrán de retrotraerse las actuaciones “para que la CNC mediante resolución motivada, dicte acuerdo sancionador atendiendo al volumen afectado por la infracción antes referido”, y ese momento no puede ser otro que el de la Resolución, ya que como dice la Audiencia Nacional es el Consejo el único que tiene capacidad para sancionar y dictar Resolución.

Por otra parte, precisamente y considerando como el propio alegante ha manifestado en sus argumentos por excluir el contrato nº 11, el mercado afectado por la práctica y que se ha de tener en cuenta según dice expresamente la Audiencia Nacional no es otro que el de las licitaciones públicas del ámbito de la conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas (carreteras, autovías, etc.), donde sin duda alguna quedan incluidas las restringidas y abiertas, por lo que debe rechazarse tal alegación (...)

QUINTO. Sobre el nuevo cálculo de la sanción.

A la vista del Informe Parcial de vigilancia de 5 de mayo de 2014 elaborado por la Dirección de Competencia y de las alegaciones presentadas por CHM, este Consejo considera que, para realizar el cálculo de la nueva sanción aplicable, no se debe considerar incluido el importe del contrato nº 11 que, como contrato cedido por una empresa no imputada en el expediente sancionador, no forma parte de la facturación de CHM de las licitaciones públicas para la conservación, mejora, refuerzo, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas de 2009.

Por el contrario, el Consejo considera que el contrato nº 12 sí debe ser incluido en la base del cálculo de la sanción, reiterando una vez más su rechazo al criterio sostenido por la recurrente de excluir del volumen de negocios a considerar las licitaciones derivadas de los procedimientos abiertos, tal y como ha confirmado la AN en su Sentencia de 11 de diciembre de 2013.

Por ello, a los efectos del nuevo cálculo de la sanción, deben considerarse excluidos los siguientes contratos:

CONTRATO*	MOTIVO EXCLUSION	AÑO 2008	AÑO 2009
		IMPORTE	IMPORTE
1	Construcción. No mercado definido		582.900
2	Construcción. No mercado definido		1.025.060
3	Construcción. No mercado definido	3.398.370	
4	Construcción	2.099.400	2.201.020
5	Contrato Administrativo de obra. No mercado definido		4.143.210

6	Acondicionamiento. No mercado definido		1.861.070
7	No mercado definido. Otros	1.550.530	5.045.130
8	No mercado definido		411.570
9	No mercado definido	1.328.070	132.810
10	Contrato de obras de reconfiguración		2.350.570
11	No adjudicado a CHM		1.549.740
TOTAL (B)		8.376.370	19.303.080

Descontando los volúmenes excluidos del volumen considerado en la Resolución de 19 de Octubre de 2011, se alcanzan los siguientes volúmenes de negocio afectados por la infracción:

	2008	2009
Volumen considerado en la Resolución (A)	9.118.000	23.188.000
Volumen contratos a descontar (B)	8.376.370	19.303.080
Volumen resultante (A)-(B)	741.630	3.884.920

Aplicando los criterios de la Resolución y que han sido descritos en la propuesta de informe parcial, se obtiene como resultado una multa de 790.975,93 €.

	2008	2009
Volumen ventas afectado (A)	370.815 (741.630/2)	3.884.920
Coeficiente temporal (B)	0,75	1
Volumen ventas ponderado (A)*(B)	278.111,25	3.884.920
VOLUMEN VENTAS TOTAL	4.163.031,25 (278.111,25 + 3.884.920)	
Porcentaje por sanción (19%)*	790.975,93 (4.163.031,25 * 19%)	

En su virtud, vistos los artículos citados y los demás de general aplicación, el Consejo en Sala de Competencia,

HA RESUELTO

PRIMERO.- Imponer a CONSTRUCTORA HORMIGONES MARTINEZ, S.A., una multa de 790.975,93 euros.

SEGUNDO.- Proceder a la suspensión de la resolución de fraccionamiento de pago.

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 el día siguiente al de su notificación.

VOTOS PARTICULARES

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz a la Resolución aprobada, por **mayoría simple**, en el día de hoy 31 de Julio del 2014, por la Sala de Competencia, en el marco del Expediente de Vigilancia VS/0226/10 LICITACIONES DE CARRETERAS.

DISCREPANCIA que concreto en los siguientes MOTIVOS

PRIMERO.- CUESTION PREVIA.-

LA SALA DE COMPETENCIA es una de las dos Salas en la que se articula **organizativa y funcionalmente** la recientemente creada Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ex Ley 3/2013. Siendo la otra, la Sala de Supervisión Regulatoria.

Ambas son independientes y no interdependientes; cada una de ellas tiene su propia conformación, no pudiendo pertenecer a ellas ningún Consejero que previamente no hubiera sido adscrito (nombramiento) y por el tiempo acordado al efecto; en consecuencia es imposible que los Consejeros puedan estar adscritos a ambas Salas a la vez o simultanearse en ellas; los asuntos y las materias de las que conocen (competencia funcional orgánica) están tasados legalmente y sujetos al Ordenamiento Jurídico correspondiente, que le es de aplicación puntual.

Corresponde, por tanto, a esta SALA DE COMPETENCIA aplicar, mediante resoluciones administrativas, las Leyes de Competencia, esto es: la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia y la anterior Ley 16/1989 de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, si preciso fuera, **como heredera del hoy extinto Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia**.

De ahí que su competencia objetiva y funcional le venga atribuida por Ley y **exclusivamente por Ley**, en tanto que Sala de Competencia, no teniendo **superior jerárquico** en esta vía previa administrativa. Al parecer, deviene necesario enfatizar una vez más y repetir **ad nauseam** que sus Resoluciones solamente pueden ser conocidas-revisadas por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: la Audiencia Nacional.

No pudiendo hacerlo, ni la otra Sala de Supervisión Regulatoria, ni mucho menos el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que no tiene facultades resolutorias **sensu strictu**.

Por consiguiente, cuanto las Ponentes Ortiz Aguilar y Zenarrutzabeitia Beldarrain, en sus propuestas de resolución hacen referencia al Consejo en Sala de Competencia o el Consejo considera y, lo que es más grave, **el Consejo deliberó y falló esta Resolución**, cometen una irregularidad administrativa que vulnera el principio de legalidad y susceptible de **nulidad de actuaciones** en tanto que atribuyen

facultades resolutorias a órgano manifiestamente incompetente, **por inexistente**, y ello con reiteración.

Tal sustantivo error lo vengo haciendo notar, sin éxito.

Empecinarse en el error no sólo es inadmisibile y rechazable, sino tipificable, de ahí que este Consejero discrepante lo deje enunciado, en orden a quedar eximido de cualquier responsabilidad que pudiere interponerse ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (responsabilidad de funcionario y de la Administración) o ante el orden jurisdiccional penal (prevaricación).

SEGUNDO.-

Son Hechos Probados que gozan de fehaciencia indubitada, por cuanto conforman la Resolución administrativa dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (hoy extinto) el día **19 de Octubre del 2011** los siguientes:

- (10) *Conforme a lo previsto en el artículo 33.1 del RDC, el **24 de Noviembre de 2010** se procedió al cierre de la fase de instrucción de este expediente, siendo notificado a los interesados en la misma fecha (página 3).*
- (11) *Con fecha **30 de Noviembre de 2010** la Dirección de Investigación formuló su Propuesta de Resolución (PR), de la que dio traslado a las partes de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.4 de la LDC, para que formularan las alegaciones que tuvieran por convenientes. En sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, algunas de las partes formularon prueba al amparo del artículo 34.1 del RD 261/2008 (página 3).*
- (12) *En cumplimiento de lo previsto en los artículos 50.5 de la LDC y 34.2 del RDC, el **25 de Enero de 2011** la Dirección de Investigación dio traslado al Consejo del expediente de referencia, junto con su Informe Propuesta (página 3).*
- (4) *Con fecha **18 de Febrero de 2010** la Dirección de Investigación acordó la incoación de Expediente Sancionador S/0226/10 (página 2).*
- (13) *Mediante Acuerdo de **19 de Julio de 2011** el Consejo acordó la realización de determinadas pruebas solicitadas por las partes, denegó de manera motivada otras, así como la celebración de vista. Asimismo, requirió a las empresas que facilitaran los volúmenes de negocios correspondientes al ejercicio de 2010 que se detallan en la Providencia de la Dirección de Investigación de **21 de Septiembre de 2010** en el caso de que todavía no lo hubieran enviado, así como, caso de que procediera, un desglose en los términos en que se describe en el Acuerdo de 19 de julio de 2011 de las cifras de facturación de los ejercicios 2008 y 2009 en su día enviadas.*
- *El Consejo, mediante este Acuerdo, suspendió el plazo máximo para resolver el expediente con efectos desde el **20 de Julio de 2011** y durante el tiempo en que se sustanciase la práctica de las pruebas y actuaciones complementarias acordadas y su valoración (...)* (página 3).

- (17) (...) mediante Acuerdo de **26 de Septiembre de 2011**, el Consejo levantó la suspensión del plazo máximo para resolver (página 4).

-----0-----

La Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, en su **Artículo 36 Plazo máximo de los procedimientos** dispone que “**1. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador por conductas restrictivas de la competencia será de dieciocho meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación del mismo y su distribución entre las fases de instrucción y resolución se fijará reglamentariamente**”.

El Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008 de 22 de Febrero, en su **Artículo 28.4** dispone que “**el plazo de instrucción del expediente será de doce meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación**”.

El Código Civil en su **Artículo 6.4** dispone que “**los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir**”.

Y el siguiente **Artículo 7** dispone que “**1. Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe; y 2. La Ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso**”.

-----0-----

Ello me lleva a CONCLUIR diciendo:

1º dado que el periodo resolutorio es de seis meses y acreditado que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia permaneció inactivo durante seis meses **menos seis días** (del 25 de Enero al 19 de Julio del 2011) creando entonces comunicaciones ad hoc (**dilatorias y no para mejor proveer**) el expediente se vería afectado de caducidad.

2º pero en lo atañente a la practicidad de este Expediente, tal conducta ha tenido los siguientes efectos: (a) el volumen de negocios en orden a la imposición de la sanción necesariamente ex lege debió ser el del año 2009 inmediatamente anterior al de la resolución que debió de dictarse en tiempo; y (b) pero al dilatarse injustificadamente en el tiempo y producirse la Resolución el día 19 de Octubre del 2011, el volumen de negocios sería el del año 2010 inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción.

3º curiosamente, ni en el Informe de Vigilancia que eleva a esta Sala de Competencia la Dirección de Competencia, ni en la Resolución aprobada en el día de hoy, de la que discrepo, **se concreta el volumen de negocios del año 2010 ejercicio**

inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción, según previene el **Artículo 63** de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

Y sí aparecen una serie de datos correspondientes a los años 2008 y 2009 (Cuadros obrantes a las páginas 6, 8 y 9 de la Resolución aprobada).

-----0-----

Dada la inexistencia del volumen de negocios de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa, según disposición legal expresa, puntual y concreta del Artículo 63 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, esta SALA DE COMPETENCIA carece de causa sobre la que calcular la sanción, por lo que la Resolución **deviene nula de pleno derecho** para imponer a la empresa CONSTRUCTORA HORMIGONES MARTINEZ SA., multa alguna.

Inexistencia de causa antecedente, inexistencia de efectos subsiguientes.

TERCERO.-

Sentado lo anterior **ad cautelam** y en orden a esta Resolución aprobada en la mañana del día de hoy 31 de Julio del 2014, por mayoría simple y de la que sustantivamente discrepo, **DECIR**

1º La Resolución dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, el día **19 de Octubre del 2011** en su Parte Dispositiva dice:

“HA RESUELTO

Primero.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del Artículo 1 de la Ley 15/2007 de la que son responsables....

Segundo.- Imponer las siguientes multas a las autoras de la infracción:

- *5.055.380 €uros a CONSTRUCTORA HORMIGONES MARTINEZ SA.*

Tercero.- Declarar que no ha quedado acreditado la comisión de infracción por parte de.....

Cuarto.- Instar a la Dirección de Investigación la incoación de expediente sancionador contra.....por su participación en los hechos que se describen en esta Resolución.

Quinto.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.

En ningún momento se califica la conducta como muy grave, grave o leve, por lo que metafísicamente resulta imposible de aplicar el Artículo 63 de la Ley 15/2007

de 3 de Julio, en cualquiera de sus calificaciones de conductas (leves, graves y/o muy graves).

-----0-----

2º La Sección Sexta, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional el día **11 de Diciembre del 2013** en el marco del Recurso 632/2011 dicta Sentencia en cuya Parte Dispositiva dice

“FALLAMOS

Que debemos ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de CONSTRUCTORA HORMIGONES MARTINEZ SHM contra la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de Octubre de 2011, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, anular la misma en los términos indicados en el fundamento de derecho décimo de la presente sentencia.

RECONOCER a la recurrente el derecho a la publicación de esta sentencia en la página web de la Comisión Nacional de la Competencia y a costa de ésta última, una vez sea firme esta sentencia.

No hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales causadas en esta instancia.

Contra la presente sentencia cabe recurso de casación....

-----0-----

En el Fundamento de Derecho Décimo literalmente se establece:

“DECIMO.- Sin embargo habremos de dar la razón a la recurrente, en tanto en cuanto ha quedado acreditado el erróneo cálculo de la sanción impuesta al haberse partido de una cifra incorrecta que incluía no sólo la facturación de CHM en obras de conservación, mejora, refuerzo, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas, sino en otros tipos de contratos públicos, especialmente de construcción.

Efectivamente consta que inmediatamente después de dictarse la Resolución impugnada, CHM presentó un escrito de solicitud de corrección material, acompañando la documentación correspondiente, petición que no fue atendida.

En fase de prueba se ha constatado debidamente que determinados contratos no han sido de refuerzo, conservación, mejora, renovación o rehabilitación de firmes y plataformas, sino de construcción, por ejemplo de un carril de vehículos lentos y reordenación de enlace, reordenación de una intersección, mejora de cimientos y terraplenes en carreteras y que por ello deben excluirse

del cálculo de la sanción por no estar incluidas en el mercado afectado por la infracción.

Por consiguiente en términos de proporcionalidad e interpretado conjuntamente el art. 63.1.c) y 64 procede atender al mercado afectado por la infracción y que no es otro que la conservación, mejora, refuerzo, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas, todo lo que exceda de dicho mercado debe ser excluido del cálculo de la sanción. En consecuencia, procede la estimación del recurso contencioso-administrativo que formula la recurrente CHM, anulándose la resolución impugnada, pero debiéndose retrotraer las actuaciones para que la CNC mediante resolución motivada, dicte acuerdo sancionador atendiendo al volumen afectado por la infracción antes referido”.

-----0-----

3º La Resolución aprobada en el día de hoy, por mayoría simple, en su Parte Dispositiva dice:

*“El **Consejo** deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 31 de Julio de 2014.*

HA RESUELTO

Primero.- Imponer a CONSTRUCTORA HORMIGONES MARTINEZ SA., una multa de 790.975,93 euros.

Segundo.- Proceder a la suspensión de la resolución de fraccionamiento de pago.

CUARTO.-

En cuanto al fondo de lo resuelto discrepo por las siguientes consideraciones:

1ª La Resolución carece de motivación alguna en orden a la fijación de la cuantía de la multa, que una vez más se **hace a tanto alzado**. Este Consejero discrepante solicitó en la deliberación el por qué de tal cuantificación, no recibiendo respuesta coherente.

En consecuencia, nuevamente se desobedece (desacato) lo sentenciado por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional (Sentencia 11 Diciembre 2013 Recurso 632/2011) y en concreto en su Fundamento de Derecho Décimo **in fine**, cuando ordena **“retrotraer las actuaciones para que la CNC mediante resolución motivada, dicte acuerdo sancionador atendiendo al volumen de negocios afectado por la infracción”**.

Lo que conlleva la vulneración del Artículo 54 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ; y de los correspondientes Artículos 208 y 218 siguientes y

concordantes de la Ley 1/2000 de 7 de Enero, de Enjuiciamiento Civil que le son de aplicación supletoria de aquélla.

2ª Prima facie decir, que a nuestro entender la Resolución es en todo caso lo más opuesto “a la claridad, precisión y congruencia”, pero si llegáramos a la conclusión que la cifra del volumen de negocios del mercado afectado es la de **€uros 3.884.920** (año 2009, página 9), estaríamos en presencia de una vulneración del Artículo 63 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

Presuponiendo que la conducta infractora fuera calificada como muy grave, lo que la Resolución 19 de Octubre 2011 no hace en su Parte Dispositiva (ex Artículo 62 Ley 15/2007), el **Artículo 63 Sanciones** dispone en su apartado 1.c) “*las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa*”.

Esto es, estaríamos en el segmento que va desde el 5,01 por ciento hasta el 10 por ciento. Y habida cuenta de la inexistencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad y en orden al principio legal y jurisprudencial de proporcionalidad, entiendo que el porcentual a aplicar sobre el volumen de negocios, concretado en **€uros 3.884.920** sería el del **5,01 %**, resultando en consecuencia una multa-sanción de **€uros 194.634,4**

3ª Por el contrario, si la Resolución llega a una cuantificación de la multa-sanción por €uros 790.975,93 partiendo, y es un suponer, de una cifra de volumen de negocios de €uros 3.884.920 **el porcentual aplicado sería el del 21 %**, lo que vulneraría lo prevenido en el Artículo 63.1.c) de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

Vulneración que traería causa en la aplicación de la Comunicación, frente a lo dispuesto en un precepto con valor de Ley, rompiendo con ello el principio de jerarquía normativa: dar prioridad a una disposición menor (una Comunicación) frente a un precepto legal con rango de Ley (la Ley 15/2007).

QUINTO.-

Este Consejero discrepante no puede olvidar, ni hacer abstracción de los siguientes HECHOS PROBADOS:

Primero.- La Sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional no es firme, por cuanto contra la misma cabe Recurso ordinario de Casación.

Y según consta acreditado en la Resolución, contra la misma CONSTRUCTORA HORMIGONES MARTINEZ SA., ha interpuesto Recurso de Casación. Y no lo ha hecho la Abogacía del Estado que defiende a esta Administración.

Segundo.- Estamos en presencia de un Informe Parcial de Vigilancia.

Tercero.- CONSTRUCTORA HORMIGONES MARTINEZ SA., en su momento, solicitó el fraccionamiento de la multa que le fuera impuesta y al día de hoy, según consta acreditado, ha pagado las siguientes cantidades: 214.103,42 €uros el 21 Octubre 2013; y 216.227,14 €uros el 20 Enero 2014. Lo que hace un total de 430.330,56 €uros.

-----0-----

Por ello, la Resolución aprobada y de la que discrepo:

- a) Nunca debió de ser aprobada, por cuanto no existía perentoriedad temporal para hacerlo y debió solicitar de la Dirección de Competencia le proporcionara el volumen de negocios de la empresa en el ejercicio inmediatamente anterior al de dictarse la Resolución por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia: **el ejercicio 2010.**
- b) Volumen de negocios necesario para el cálculo de la sanción-multa, a la luz de lo prevenido en los Artículos 63.1.c) y 64 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, en cumplimiento de lo ordenado por la Sentencia 11 de Diciembre del 2013 (Recurso 632/2011) y en concreto en su Fundamento de Derecho Décimo y, nunca al amparo de una Comunicación (principio de jerarquía normativa)
- c) Al haberse establecido el montante final de la sanción-multa que CONSTRUCTORA HORMIGONES MARTINEZ SA., viene obligada a pagar, en la cantidad de €uros 194.634,4 **procede acudir a la compensación de créditos y débitos** y, en consecuencia, ordenar la devolución de la cantidad en exceso ingresada.

Así, por este Mi Voto Particular Discrepante, lo pronuncio, mando y firmo en Madrid fecha ut supra.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula EL Consejero D. Benigno Valdés Díaz a la presente Resolución, aprobada en la Sesión Plenaria de la SALA DE COMPETENCIA de la CNMC del día 31 de julio del 2014, en el marco del Expediente VS/0226/10 LICITACIONES DE CARRETERAS.

Mi discrepancia se explicita de este modo:

PRIMERO.- En el marco del EXPTE. S/0226/10, LICITACIONES DE CARRETERAS, el Consejo de la extinta CNC, por Resolución de 19 de Octubre de 2011, impuso a la empresa CHM OBRAS E INFRAESTRUCTURAS, S. A., multa de 5.055.380 euros. La citada Resolución fue recurrida ante la Audiencia Nacional, quien por Sentencia de 11 de Diciembre de 2013, Recurso **632/2011**, estableció lo siguiente:

«[...] habremos de dar la razón a la recurrente, en tanto en cuanto ha quedado acreditado el erróneo cálculo de la sanción impuesta al haberse partido de una cifra incorrecta que incluía no sólo la facturación de CHM en obras de conservación, mejora, refuerzo, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas, sino en otros tipos de contratos públicos, especialmente de construcción [...] Por consiguiente en términos de proporcionalidad e interpretado conjuntamente el art. 63.1.c y 64 procede atender al mercado afectado por la infracción y que no es otro que la conservación, mejora, refuerzo, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas, todo lo que exceda de dicho mercado debe ser excluido del cálculo de la sanción. En consecuencia, procede la estimación del recurso contencioso-administrativo que formula la recurrente, CHM, anulándose la resolución impugnada, pero debiéndose retrotraer las actuaciones para que la CNC mediante resolución motivada, dicte acuerdo sancionador atendiendo al volumen afectado por la infracción antes referido.»

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 *tal como señala la Sentencia*, el de “*la conservación, mejora, refuerzo, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas*”.

(3) El Artículo 64, donde se estipula que para fijar la sanción se debe atender, entre otros, a los criterios allí estipulados.

TERCERO.- Con base en todo lo anterior, entiendo que la manera de proceder para dar cumplimiento a la citada Sentencia es la siguiente: La SALA DE COMPETENCIA de la CNMC debe determinar un porcentaje *dentro del intervalo (0%, 10%)* que, atendiendo a los preceptos arriba indicados, *considere adecuado*, y dicho porcentaje debe aplicarse al volumen de negocio de la empresa CHM OBRAS E INFRAESTRUCTURAS, S. A. *durante el ejercicio 2010* (que es el *inmediatamente anterior* al de la Resolución sancionadora inicial) en el mercado de la “*conservación, mejora, refuerzo, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas*”.

CUARTO.- La Resolución que ahora nos ocupa no opera de esa forma, sino que da por cumplida la Sentencia de la AN aplicando «*los mismos criterios seguidos por el Consejo de la CNC en la Resolución, criterios que han sido corroborados por la Audiencia Nacional, excepto en el volumen de negocios de partida, que habrá de ser exclusivamente el correspondiente al del mercado de contratos de refuerzo, conservación, mejora, renovación o rehabilitación de firmes y plataformas de 2008 y 2009*».

Considero que ese procedimiento es inadecuado por las siguientes razones: (1) los “*criterios seguidos por el Consejo de la CN*” no están en concordancia con la legislación vigente en materia de Defensa de la Competencia (*Vid. Apartado SEGUNDO de este Voto Particular*); y (2) *la AN de ninguna manera ha corroborado*, en su aludida sentencia, esos criterios.

Con respecto al punto (2), esta es mi interpretación de la Sentencia: En el Recurso 632/2011, la empresa CHM OBRAS E INFRAESTRUCTURAS, S. A sometió ante la AN la siguiente *pretensión*: La multa de 5.055.380 euros impuesta por el Consejo de la extinta CNC es incorrecta porque, con independencia de cualesquiera otras consideraciones, se utilizó un volumen de negocios inadecuado, al incluir “*no sólo la facturación de CHM en obras de conservación, mejora, refuerzo, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas, sino en otros tipos de contratos públicos [..]*”. Pero la recurrente no sometió ante la AN la *pretensión adicional* de que los “*criterios*” seguidos por el Consejo de la extinta CNC para calcular la multa sobre la base de ese volumen de negocios *también* fueran inadecuados. En consecuencia, la

AN sentenció sobre los aspectos de la *Resolución* que fueron recurridos, no sobre los que no lo fueron, como el relativo a los “*criterios*” seguidos por el Consejo de la CNC para calcular la multa *a partir del –erróneo– volumen de negocios*. En suma, que la AN no se haya pronunciado sobre esos criterios *no significa que los haya avalado*, pues ese asunto *ni siquiera ha sido objeto en el litigio*.

Con respecto al punto (1): los “*criterios*” que –más allá del volumen de negocios utilizado– siguió el Consejo de la CNC en su *Resolución* de 19 de octubre de 2011 y que –*esto es ahora lo relevante*– también sigue la presente *Resolución* de la Sala de Competencia de la CNMC, son los contenidos en la *Comunicación sobre Sanciones* aprobada por el Consejo de la extinta CNC el 6 de Febrero de 2009.

Entiendo que esos “*criterios*” –que constituyen un método particular de determinación de sanciones– no son acordes con la legislación vigente en materia de Defensa de la Competencia (los expuestos en el Apartado SEGUNDO de este Voto Particular). Para sustentar dicho punto de vista me remito a lo expuesto en anteriores *Resoluciones* de esta Sala (*vid.* Voto particular en la *Resolución* de 17 de julio del 2014, en el marco del Expediente S/0345/11 CRIADORES DE CABALLOS, y en la *Resolución* de 10 de julio del 2014, Expediente S/0446/12 ENDESA INSTALACIÓN).

QUINTO.- Al margen de su –a mi juicio– inadecuación a la legislación vigente, ese método de determinación de sanciones tiene la característica de que, como se argumenta en los referidos Votos Particulares, posee –**por construcción**– un sesgo *estructural* a generar multas muy superiores a las que resultan de la aplicación de los Artículos 63-1-c), 62-4-a) y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. No es posible comprobar si eso ocurre específicamente en el caso que nos ocupa porque, aunque conocemos la cuantía de la multa impuesta (790.975,53 euros), el volumen de negocios de CHM **durante el ejercicio 2010 en el mercado de la “conservación, mejora, refuerzo, renovación y rehabilitación de firmas y plataformas”** no consta en el Expediente.

Sin embargo, podemos establecer el siguiente principio: *Si el volumen de negocios de CHM en el año 2010 en el mercado de la “conservación, mejora, refuerzo, renovación y rehabilitación de firmas y plataformas” es inferior a 7.909.759,30 euros*, entonces la multa impuesta en la presente *Resolución* supera el techo fijado por el Art. 63-1-c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Así por este Voto Particular Discrepante, lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, a 31 de julio de 2014.