

RESOLUCIÓN

(Expte. VS/0192/09 ASFALTOS)
ASFALTOS VIDAL FERRERO, S.L

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 25 de septiembre 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:

-

- ASFALTOS VIDAL FERRERO, S.L. una multa de 595.154 € (Quinientos noventa y cinco mil ciento cincuenta y cuatro euros).

.....

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 ASFALTOS VIDAL FERRERO, 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 1 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 y ampliado posteriormente, mediante Auto de 2 de abril de 2012, a cualquier medio de garantía. La garantía presentada por la empresa se consideró insuficiente primero mediante resolución de 3 de julio de 2012 y posteriormente, en reposición, mediante Auto de 25 de septiembre de 2012.
4. A la vista de lo anterior, la Subdirección de Vigilancia de la extinta Dirección de Investigación emitió carta de pago el 3 de septiembre de 2012 y, transcurrido el período voluntario, con fecha 30 de octubre de 2012 la misma Subdirección envió "Relación de deudas no cobradas en período voluntario" núm.12-012, para su ejecución por la vía de apremio, a la Delegación de Hacienda de León.

Con fecha 27 de mayo de 2013 se constituye aval por parte de ASFALTOS VIDAL FERRERO, S.L., aval que es declarado suficiente por Providencia de 20 de mayo de 2014.

5. Por Sentencia de 7 de mayo de 2014 (recurso 713/2011), contra la que no cabe recurso, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó parcialmente el recurso contra la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 26 de octubre de 2011, que declara no ser ajustada a Derecho en cuanto a la determinación del ámbito de la conducta infractora, y en consecuencia devuelve 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”*
6. A la vista de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de mayo de 2014, mediante escrito de 14 de mayo de 2014 se solicitó a ASFALTOS VIDAL FERRERO, 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 fue contestado por la empresa interesada mediante escrito de fecha de 5 de junio de 2014 (folios 531-535).
7. Con fecha 2 de julio 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 ASFALTOS VIDAL FERRERO, S.L., en ejecución de sentencia de 7 de mayo de 2014 (vigilancia de la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, de 26 de octubre de 2011, expediente S/0192/09, ASFALTOS).
8. Es interesado:
ASFALTOS VIDAL FERRERO, S.L.
9. El Consejo deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 25 de septiembre 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 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 RD 657/2013, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC, 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 (LJCA), 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 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 7 de mayo de 2014, 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, ASFALTOS VIDAL FERRERO, S.L., únicamente ha participado en la conducta relativa a la provincia de León (dispositivo quinto), 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, la multa puede alcanzar hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa en el ejercicio anterior al de la imposición de la multa, según el artículo 62.1 c) de la LDC.
- 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 ASFALTOS VIDAL FERRERO, 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 ASFALTOS VIDAL FERRERO, S.L. de 595.154 €, correspondiente al 10 % de la suma ponderada de las ventas obtenidas por el infractor en el citado sector de MBC, que se cuantificó en 5.951.540 €.

A la vista de lo anterior y del Informe Parcial de vigilancia de 2 de julio de 2014, elaborado por la Dirección de Competencia en el caso de ASFALTOS VIDAL FERRERO, S.L., este Consejo ha tenido en cuenta que, según información aportada por la empresa:

- El volumen de negocios de ASFALTOS VIDAL FERRERO, S.L. en el año 2010 (anterior a la adopción de la Resolución) 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 [CONFIDENCIAL]. (escrito de 5 de Junio de 2014, folio 534).
- El volumen de negocios en 2007 (febrero-diciembre) 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, en 2007 (febrero-diciembre) es de 1.779.243,5 € y en 2008 (enero-mayo) 745.989,4 € (escrito de 5 de Junio de 2014, folio 532)
- La duración del cártel de León, tal y como queda determinado en la Sentencia de la Audiencia Nacional, alcanza desde Febrero de 2007 a Mayo de 2008.

A la luz de todo lo anterior, la sanción que corresponde imponer a ASFALTOS VIDAL FERRERO, S.L. en ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de mayo de 2014 asciende a 208.042,20 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 7 de mayo de 2014 (recurso 713/2011). La citada suma ponderada asciende a 2.080.422,025 (745.989,4 € + 1.334.432,62), como resultado de la aplicación de los coeficientes de 1 y 0,75, respectivamente, a los volúmenes de negocio afectados por la infracción en 2008 y 2007 anteriormente consignados (745.989,4 € y 1.779.243,5 €).

Dicha multa resulta inferior al 10 % del volumen de negocios total de ASFALTOS VIDAL FERRERO, S.L. durante el año 2010 (anterior a la adopción de la Resolución) al igual que lo era la multa de 595.154 € impuesta originalmente por la de 26 de Octubre de 2011, en el expediente S/0192/09.

En su escrito de 5 de junio de 2014, dando respuesta al requerimiento de información dirigido desde la Subdirección de Vigilancia el 13 de mayo anterior, la representación de VIDAL FERRERO S.L. solicita aplicar al nuevo cálculo de la multa ordenado por la Audiencia Nacional en su sentencia de 7 de mayo de 2014 la nueva línea interpretativa del artículo 63 de la LDC establecida en diversas sentencias del mismo órgano judicial, entendiéndose que *“la multa debe calcularse a partir de la escala establecida por el artículo 63.1.c) de la LDC, aplicando el porcentaje pertinente al volumen de negocio del mercado afectado por la infracción”*. Asimismo solicita, *“en línea con el precedente que constituye la Resolución adoptada en el Expediente VS/0120/08 TRANSITARIOS y en virtud del mismo principio constitucional de igualdad ante la Ley”*, la aplicación a VIDAL FERRERO S.L. del *“5% de la escala de sanción establecida por la LDC sobre el volumen de negocio del mercado afectado por la infracción, según la línea interpretativa antes descrita”*.

No resulta posible atender las alegaciones presentadas por VIDAL FERRERO S.L. El artículo 104 de la LJCA, anteriormente citado, obliga a la Administración autora del acto objeto del recurso llevar a puro y debido efecto las sentencias firmes, practicando lo que exige el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo. En el caso de la sentencia de 7 de mayo de 2014 (recurso 713/2011) que estima parcialmente el recurso de VIDAL FERRERO S.L., ordena el recálculo de la multa impuesta en los siguientes términos: *“debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en cuanto a la determinación del ámbito de la conducta infractora, y en consecuencia debemos anularla y la anulamos en el extremo citado, 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, sin expresa imposición de costas”*.

Las razones de la citada estimación parcial se recogen y argumentan en el Fundamento Jurídico Quinto de la citada sentencia, con repetidas citas a su anterior sentencia de 29 de mayo de 2013 (recurso 715/2011) en razón del principio de unidad de criterio, considerando la Sala que *“se ha acreditado la participación de la actora en la conducta enjuiciada si bien limitando su responsabilidad al cártel identificado en la resolución impugnada como Mesa de León”* y que *“solo se ha acreditado, como hemos*

visto, la participación de la recurrente en la mesa de León, y en el periodo temporal al que se refiere la sentencia anteriormente transcrita”.

En dicha sentencia, citada expresamente en el referido Fundamento Jurídico Quinto, la Audiencia Nacional consideró que *“La ineludible consecuencia de las conclusiones expuestas en los anteriores fundamentos jurídicos es que, entendiendo esta Sala que la responsabilidad de la actora queda limitada al cártel constituido por la Mesa de León, la determinación del importe de la sanción correspondiente queda igualmente afectado, tanto en el aspecto temporal, como en el relativo al ámbito geográfico, y a tales efectos es preciso recordar como se ha calculado la sanción impuesta por la CNC”.*

Y tras analizar detenidamente el método de cálculo utilizado por la extinta CNC en su Resolución de 26 de Octubre de 2011 (expediente S/0192/09) sin cuestionarlo, la Sala concluye declarando que *“procede estimar en parte el recurso, declarar a la actora responsable de una conducta contraria al artículo 1 LDC tal y como ha sido tipificada por la CNC pero limitada a la provincia de León y al periodo febrero 2007 y mayo 2008, 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 el referido ámbito geográfico, y teniendo en cuenta para establecerlo que la conducta se desarrolló entre febrero de 2007 y mayo de 2008.”*

Por tanto, en aplicación del citado artículo 104 de la LJCA y bajo el principio de unidad de criterio mencionado en la propia sentencia que se ejecuta, no resulta posible modificar el método de cálculo utilizado por la CNC en la Resolución de 26 de Octubre de 2011 salvo en los dos extremos expresamente señalados por la Audiencia Nacional respecto a su ámbito geográfico y temporal (provincia de León y periodo febrero 2007 y mayo 2008), sin posibilidad de aplicar a VIDAL FERRERO S.L. el pretendido *“5% de la escala de sanción establecida por la LDC sobre el volumen de negocio del mercado afectado por la infracción”* al no haber sido resuelto este extremo en ningún caso en la sentencia que se ejecuta.

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

HA RESUELTO

UNICO.- Imponer a ASFALTOS VIDAL FERRERO, S.L., en ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de mayo de 2014 (recurso 713/2011), 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 208.042,20 €.



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 esta Resolución aprobada en el día de hoy, 25 de Septiembre del 2014, en el marco del Expediente de Vigilancia VS/0192/09 ASFALTOS (ASFALTOS VIDAL FERRERO, S.L.).

DISCREPANCIA que concreto y fundamento en los siguientes MOTIVOS:

PRIMERO.- ANTECEDENTES.-

1º Es un hecho probado que goza de certeza indubitada que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en el marco del Expediente Sancionador S/0192/09 ASFALTOS, el día **26 de Octubre del 2011** dictó una Resolución, en cuya Parte Dispositiva se establece:

“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 (...) **ASFALTOS VIDAL FERRERO S.L., y CONSTRUCCIONES Y OBRAS LLORENTE S.A., (COLLOSA)**

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

- a ASFALTOS VIDAL FERRERO S.L., una multa de €595.154
- a CONSTRUCCIONES Y OBRAS LLORENTE S.A., (COLLOSA) una multa de € 238.904”.

2º Previamente, el texto que conforma esta Resolución administrativa, dictada por el hoy extinto Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en las páginas 72 y 73 literalmente se 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 en Caliente (MBC), 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 CNC considera que el porcentaje a aplicar debe ser un 10%”.

3º La Ilma. Sección Sexta, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en Sentencias dictadas los días 27 de Mayo de 2013 (Recurso 713/2011) y 26 de Mayo de 2013 (Recurso 640/2011) en su Parte Dispositiva resuelve:

“Que debemos **ESTIMAR EN PARTE Y ESTIMAMOS** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de (...) 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 en Caliente de la actora en la provincia de León**".

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

"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 práctica 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 en Caliente 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 de 2008.**"

4º La Dirección de Competencia, de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en Informe ad hoc concreta los siguientes volúmenes de negocio:

- De ASFALTOS VIDAL FERRERO S.L., es el de €uros 1.779.243, 05 para febrero-diciembre 2007; y €uros 745.989,04 para enero-mayo 2008.
- De CONSTRUCCIONES Y OBRAS LLORENTE S.A., (COLLOSA), **que no Construcción y Obras Llorente S.A.**, es de €uros [CONFIDENCIAL] para febrero-diciembre 2007; sin volumen de negocios entre los meses de Enero a Mayo 2008.

5º Esta SALA DE COMPETENCIA **que no Consejo en Sala de Competencia**, ha resuelto imponer a ASFALTOS VIDAL FERRERO S.L., la multa de **€uros 208.042,20** y a CONSTRUCCIONES Y OBRAS LLORENTE S.A., (COLLOSA) la multa de **€uros 108.178,18**.

SEGUNDO.- Mi Voto Particular Discrepante.- Al Expediente de Vigilancia VS/0192/09 ASFALTOS en el que era parte la empresa AGLOMERADOS LEÓN S.L., establecía:

"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”*.

TERCERO.- Por consecuencia de todo lo anterior, este Consejero Discrepante entiende que a la luz de lo ordenado por la Ilma. Sala de la Audiencia Nacional en las 2

Sentencias arriba citadas, **PROCEDE** imponer a ASFALTOS VIDAL FERRERO S.L. la multa sancionadora de 89.140€ **frente a la fijada en la Resolución de 208.042,20€**

Cantidad resultante de aplicar el porcentual de 5,01% sobre el volumen de negocios de €uros [CONFIDENCIAL].

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 25 de Septiembre de 2014.

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 25 de septiembre de 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 ASFALTOS, el Consejo de la extinta CNC, por Resolución de 26 de Octubre de 2011, impuso a la empresa ASFALTOS VIDAL FERRERO, S. L. multa de 595.154€. La Resolución fue recurrida por la empresa ante la Audiencia Nacional, quien por Sentencia de 7 de Mayo de 2014, Recurso 713/2011, 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.*” A mi juicio –y como fundamentación remito a mi Voto Discrepante en las Resoluciones de esta SALA a los Expedientes S/0428/12 PALÉS, S/0345/11 CRIADORES DE CABALLOS y S/0446/12 ENDESA INSTALACIÓN–, por “*volumen de negocio total de la empresa infractora, etc.*” 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.- La presente *Resolución* establece que el ingreso obtenido por ASFALTOS VIDAL FERRERO, 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, conforme a lo prevenido en el Artículo 64 de la Ley 15/2007. Una vez determinado ese porcentaje, éste debe ser aplicado, como dice la Ley, al volumen de ingresos obtenido por ASFALTOS VIDAL FERRERO, S. L. en el mercado de las Mezclas Bituminosas Calientes en la provincia de León en el año 2010.*

QUINTO.- 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 que se tuvieron en cuenta en la Resolución de 26 de Octubre de 2011» (pág.4)*. Esos criterios son los establecidos en la **Comunicaciones sobre sanciones** que el Consejo de la extinta CNC se dio a sí mismo con fecha 6 de Febrero de 2009. En mi opinión, esa forma de determinar el monto de las sanciones no concuerda con el procedimiento sancionador contemplado en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, bajo la que han sido instruidos tanto el Expediente S/0192/09 ASFALTOS como el que ahora nos ocupa. (*Vid.*, en fundamento de esta opinión, mis ya mencionados votos particulares en las *Resoluciones* de esta SALA a los Expedientes S/0428/12 PALÉS, S/0345/11 CRIADORES DE CABALLOS y S/0446/12 ENDESA INSTALACIÓN).

En todo caso, estimo inapropiado que esta SALA mantenga que, como en la Sentencia que ahora nos ocupa, la AN no inválida el referido método de determinación de sanciones, debe entenderse que lo valida. En primer lugar, que la AN *no se haya pronunciado* sobre él en **esta** Sentencia no puede ser interpretado *sin más* como que, de hecho, está de acuerdo con él; pues cabe otra alternativa, a saber: la AN no se pronunció sobre ese asunto porque, en su recurso, la empresa no lo prendía; es decir, la validez o no del citado método sancionador *ni siquiera es objeto de litigio* en el recurso del que se ocupa la Sentencia. En segundo lugar, me resulta increíble que esta

SALA se pronuncie en los términos descritos, toda vez que es conocedora de la doctrina mantenida por la AN en este asunto, y que a día de hoy es la contraria.

SEXTO.- Al margen del procedimiento sancionador seguido en la presente *Resolución*, es obvio que la sanción final debe cumplir dos requisitos:

(1) 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 debió determinar, como **paso previo** al cómputo de la multa, en su Resolución de 26 de Octubre de 2011, el nuevo % debe ser inferior. Eso obedece a que dos de los elementos que, en *cumplimiento* del Artículo 64.1, tuvieron que ser considerados por el citado Consejo, a saber, la *extensión del mercado afectado* y la *duración de la infracción*, ahora poseen un peso inferior.

(2) El monto de la sanción impuesta (208.042,20€) debe estar dentro del intervalo "(0%, 10%) del volumen de negocios de la empresa ASFALTOS VIDAL FERRERO, S. L. en el mercado de las Mezclas Bituminosas Calientes en la provincia de León en el año 2010".

Lo primero nunca podremos comprobarlo porque, aunque tenemos el dato del *volumen de negocios de la empresa ASFALTOS VIDAL FERRERO, S. L. en el mercado de las Mezclas Bituminosas Calientes en la provincia de León en el año 2010*, la multa impuesta en la *Resolución* de 26 de Octubre de 2011 fue para un cartel que el Consejo de la extinta CNC creía abarcar, no sólo la provincia de León, sino también las de Burgos, Álava, Vizcaya y Guipúzcoa. De modo que para poder comparar aquél porcentaje con el actual sería necesario conocer el volumen de negocios de ASFALTOS VIDAL FERRERO, S. L. en el mercado de las Mezclas Bituminosas Calientes en todas esas provincias, y no solo en la de León, en el año 2010, dato que no consta en el expediente. (El Consejo de la extinta CNC no lo necesitó para dictar su *Resolución*, toda vez que, en **su** forma de determinar las sanciones, ese dato es irrelevante).

Pero lo segundo, no se cumple. En efecto, la presente *Resolución* dice, a ese respecto, lo siguiente (pág. 6): «*Dicha multa resulta inferior al 10% del volumen de negocios total de ASFALTOS VIDAL FERRERO durante el año 2010*». No estoy de acuerdo. La multa impuesta es el [CONFIDENCIAL] del *volumen de negocios de la empresa ASFALTOS VIDAL FERRERO, S. L. "en el mercado de las Mezclas Bituminosas Calientes en la provincia de León en el año 2010"*. La discrepancia se produce porque la *Resolución* considera que el volumen de ingresos al que se refiere el Artículo 63.1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia no es el que la empresa obtiene de su actividad *en el mercado afectado por la infracción*, sino el derivado de su actividad en todos los mercados en los que opera, *aún aquellos en los*

que **no** ha cometido infracción alguna, y lo que es más, aunque se trate de bienes distintos al que ha afectado la infracción.

Así por este mi Voto Particular Discrepante, lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, a 26 de septiembre de 2014.