

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

(Expte. VS/0329/11 ASFALTOS DE CANTABRIA, empresa CUEVAS GESTIÓN DE OBRAS 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 14 de mayo de 2015

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente VS/0329/11 ASFALTOS DE CANTABRIA, cuyo objeto es la ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de junio de 2014 (recurso 195/2013) dictada como consecuencia del recurso interpuesto por la empresa CUEVAS GESTIÓN DE OBRAS, S.L. en relación con la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 8 de Marzo de 2013 (Expediente S/0329/11 ASFALTOS DE CANTABRIA).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 8 de Marzo de 2013, en el expediente S/0329/11 ASFALTOS DE CANTABRIA, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC), acordó:

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

SEGUNDO.- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de derecho SEXTO, declarar responsables de dicha infracción a las siguientes empresas: [...] CUEVAS Gestión de Obras, S.L. [...].

TERCERO.- Imponer a las autoras responsables de la conducta infractora las siguientes multas: [...] CUEVAS GESTIÓN DE OBRAS, S.L., 335.030 Euros (trescientos treinta y cinco mil treinta Euros) [...].

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

2. Con fecha 11 de Marzo de 2013, le fue notificada a CUEVAS GESTIÓN DE OBRAS, S.L. la citada Resolución contra la que interpuso recurso contencioso administrativo (195/2013), solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la misma.
3. Mediante Auto de 12 de Junio de 2013, 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 335.030 €. La garantía presentada por CUEVAS GESTIÓN DE OBRAS, S.L. fue declarada suficiente por Providencia de la Audiencia Nacional de 12 de Septiembre de 2013.
4. Mediante Sentencia de 23 de Junio de 2014, firme, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó parcialmente el recurso (195/2013) interpuesto por CUEVAS GESTIÓN DE OBRAS, S.L. contra la Resolución de 8 de Marzo de 2013 en cuanto a la cuantificación de la multa.
5. Con fecha 15 de enero de 2015, el Consejo acordó requerir de nuevo a CUEVAS GESTIÓN DE OBRAS la aportación de información desglosada de la cifra de [CONFIDENCIAL] relativa a IAE construcción 2012, diferenciando los importes relativos al sector público de los relativos al sector privado.

CUEVAS GESTIÓN DE OBRAS, S.L. presentó escrito el 4 de febrero de 2015 (folio 1012) señalando, entre otros extremos, que de la cifra total de negocio en 2012, [CONFIDENCIAL] se correspondían con el IAE Construcción, importe que desglosa del modo siguiente: [CONFIDENCIAL] de Público y [CONFIDENCIAL] de Privado (folio 1014).

6. Es interesado:
CUEVAS GESTIÓN DE OBRAS, S.L.
7. El Consejo deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 14 de mayo de 2015.

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.

Según establece el artículo 104 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Administración que hubiera realizado la actividad objeto del recurso deberá llevar a puro y debido efecto las sentencias firmes, practicando lo que exige el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo.

Tal y como se recoge en el Antecedente de Hecho 4, la Audiencia Nacional en su sentencia de 23 de junio de 2013, que es firme, estima parcialmente el recurso contencioso dejando sin efectos la sanción impuesta a CUEVAS GESTIÓN DE OBRAS, S.L., debiendo el Consejo de la CNMC mediante resolución motivada, dictar acuerdo sancionador atendiendo al volumen afectado, conforme al fundamento de derecho cuarto de dicha Sentencia.

En el referido Fundamento de Derecho Cuarto la Audiencia parte de la base de que la Resolución impugnada aplica a la recurrente la sanción del 10% de la cifra total de negocios del ejercicio 2012, al ser inferior al 7% del volumen del mercado afectado en los ejercicios 2006 a 2011 y recuerda su doctrina sobre la proporcionalidad de la sanción recogida en la sentencia de fecha 6 de marzo de 2013. Concluye de tal modo que el límite del 10% para las infracciones muy graves exige atender al 10% correspondiente al ámbito de actividad económica de la empresa en el que se ha producido la infracción, esto es, al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción. Todo ello se entiende sin perjuicio de que dicha doctrina haya sido casada por el Tribunal Supremo (sentencia de 29 de enero de 2015 y posteriores), por cuanto procede en esta resolución limitar la actuación a la ejecución de la sentencia firme en sus puros términos.

Continúa la Audiencia, *“Aplicando dicha doctrina, procedería la estimación parcial del recurso, en el sentido de aplicar la cifra correspondiente del volumen de mercado afectado en el ejercicio anterior al de la fecha de la resolución, esto es, el ejercicio 2012. Y que estimamos en el 5%, dada la menor participación de la recurrente en la producción de los hechos, en comparación con las empresas del G5, y que se ha limitado a uno solo de los hechos imputados, la conducta de acompañamiento, conforme a lo previsto en el fundamento de derecho segundo, lo que incluso fue advertido en la propia resolución impugnada.*

[...]

Surge, por tanto, la necesidad de determinar el mercado afectado por la propia resolución. Así, la Sala considera que debió ser aplicado un porcentaje del 5% del volumen del mercado afectado en 2012 de la recurrente en el ámbito de la Comunidad de Cantabria, representado por la obra pública contratada, lo que deberá ser tenido en cuenta por la Administración demandada, a la vista de la documental aportada por la recurrente.

En consecuencia, por todas las razones expuestas, procede la estimación del recurso contencioso-administrativo que formula la recurrente con carácter parcial, anulándose la resolución impugnada en los términos expresados en el presente fundamento de derecho, y debiéndose dictar otra en ejecución de sentencia que tenga en cuenta lo establecido en este fundamento de derecho.”

Resulta pues claro que la sentencia impone como multa un porcentaje del 5% sobre el mercado afectado directa o indirectamente por la conducta. Surge en consecuencia la necesidad de concretar cuál sería dicho mercado. Tal y como resulta del acuerdo de 7 de febrero de 2013 por el que se requirió a las empresas información previa para la adopción de la resolución de 8 de marzo de 2013, el mercado afectado queda circunscrito a la contratación, suministro y ejecución de obras en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cantabria. No obstante, la resolución distingue el tipo de participación de cada empresa para incorporar en un caso el importe de licitaciones tanto públicas como privadas, y limitar el ámbito al de las licitaciones públicas en otro caso. Así, puede leerse en el FD 7º: *“El Consejo, para calcular el volumen de ventas afectado por la infracción, ha tomado en cuenta los ingresos, antes de impuestos, obtenidos por las empresas en las licitaciones realizadas en la Comunidad de Cantabria y en atención a las circunstancias de cada caso, para los miembros del G5 se computa el volumen de ingresos de licitaciones tanto públicas como privadas y en el caso de las empresas que solo están presentes en las conductas de acompañamiento, los ingresos por licitaciones públicas exclusivamente. La información utilizada es la aportada por las partes en el mes de febrero de 2013 a solicitud del Consejo.”*

CUEVAS fue declarada responsable en la citada resolución como “acompañante” de forma que solo se tuvo en cuenta el importe correspondiente a licitaciones públicas.

Por su parte, la sentencia antes citada no revoca ningún extremo relativo a la delimitación del mercado afectado y confirma que el ámbito afectado por la conducta es de la “obra pública contratada”.

TERCERO. Sobre el cálculo de la sanción.

En la medida en que la información desglosada correspondiente a 2012 no obraba en el expediente (no fue requerida por cuanto no se tomó en cuenta el desglose de facturación correspondiente a 2012, al no ser ese un ejercicio en el que tuviera lugar la infracción) fue requerida mediante acuerdo de 15 de enero de 2015. En respuesta a dicho acuerdo, la empresa señala que el importe correspondiente a licitaciones públicas correspondientes al IAE construcción en 2012 asciende a [CONFIDENCIAL].

Siendo ello así, el importe de la multa que resulta de sentencia firme resulta ser el 5% de dicho importe, lo que asciende a 21.912 €.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Imponer a CUEVAS GESTIÓN DE OBRAS, S.L., en ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de Junio de 2014 (Recurso 195/2013), y en sustitución de la inicialmente impuesta en la Resolución del Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia de 8 de Marzo de 2013 (Expte. S/0329/11 ASFALTOS DE CANTABRIA), la multa de **21.912 €**

Comuníquese esta Resolución a la Audiencia Nacional y a la Dirección de Competencia, y notifíquese a las partes interesadas haciéndoles saber que la misma ha sido dictada en ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 104 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que contra ella pueden promover incidente de ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 109 de la citada Ley 29/1998, de 13 de julio.