

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

(Expte. VS/0226/10, LICITACIONES DE CARRETERAS, empresa ASCAN
EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN, S.A.)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz 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 19 de noviembre 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/0226/10, LICITACIONES DE CARRETERAS, cuyo objeto es la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2015 (recurso 2793/2013) por la que se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de junio de 2013 (recurso 673/2011) dictada como consecuencia del recurso interpuesto por la empresa ASCAN EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN, S.A. (en adelante ASCAN) en relación con la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de octubre de 2011 (Expediente S/0226/10, LICITACIONES DE CARRETERAS).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 19 de octubre de 2011, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC), en el expediente de referencia, acordó en relación con ASCAN, entre otras cosas:

*“**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 (...) ASCAN EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN, 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: (...) 1.218.525€ a ASCAN EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN, S.A. (...).*

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

2. Con fecha 20 de octubre de 2011 le fue notificada a ASCAN la citada Resolución contra la que interpuso recurso contencioso administrativo (673/2011), solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la misma.
3. Mediante Auto de 6 de marzo de 2012, la Audiencia Nacional acordó la suspensión solicitada exclusivamente en cuanto a la multa impuesta, condicionada a la aportación de garantía en forma de aval bancario por importe de 1.218.525 €. ASCAN no constituyó dicha garantía.
4. Mediante Sentencia de 17 de junio de 2013, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó parcialmente el recurso (673/2011) interpuesto por ASCAN contra la Resolución de 19 de octubre de 2011 en cuanto a la cuantificación de la multa. Contra ella se interpuso recurso de casación (2793/2013).
5. Con fecha 30 de enero de 2015, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo resolvió el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado y por ASCAN frente a la referida sentencia, declarando haber lugar al mismo y manteniendo la estimación parcial del recurso acordada por la Audiencia Nacional en los términos expuestos en los fundamentos jurídicos de la propia sentencia.
6. Con fecha 17 de marzo de 2015, la DC requirió a ASCAN la aportación de información sobre su facturación total consolidada y la de sus filiales, en España, en el ejercicio 2010.
7. ASCAN presentó escrito de contestación el 1 de abril de 2015 (folio 3957) señalando, entre otros extremos, que su facturación total consolidada y la de sus filiales, en España, en el ejercicio 2010 ascendió a 148.975.189,58 €.
8. Es interesado: ASCAN EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN, S.A.
9. El Consejo deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 19 de noviembre 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 la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*.

En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013 y el artículo 14.1.a) del Estatuto Orgánico, aprobado mediante el 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 del Tribunal Supremo.

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

Tal y como se ha recogido en los antecedentes, la resolución de la CNC de 19 de octubre de 2011, dictada en expediente S/0226/10, LICITACIONES DE CARRETERAS, impuso una multa de 1.218.525 euros a ASCAN. Dicha empresa interpuso recurso contencioso administrativo contra la misma.

El recurso interpuesto fue inicialmente estimado en parte por la Audiencia Nacional. No obstante, el criterio manifestado por dicho Tribunal fue casado mediante Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2015 en la que se mantiene la estimación parcial del recurso presentado por ASCAN, manteniendo la nulidad de la multa impuesta, si bien ordenando un recálculo según los criterios expuestos en su fundamentación jurídica, que difiere de la expuesta por la Audiencia Nacional. La parte dispositiva de la Sentencia del Tribunal Supremo dispone, en particular:

“Segundo.- Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil ASCAN EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN, S.A. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de octubre de 2011, recaída en el expediente S/0226/2010, que le impuso la sanción de 1.218.525 euros, por la infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa

de la Competencia, que anulamos por ser disconforme a Derecho, ordenándose a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a que cuantifique la sanción pecuniaria conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, en los términos fundamentados”.

TERCERO. Sobre la determinación de la sanción.

3.1. Hechos probados y determinación de la sanción en la Resolución de 19 de octubre de 2011.

Para la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo y la imposición de la sanción correspondiente a ASCAN hay que partir de los hechos acreditados que se imputan a dicha empresa en la Resolución de 19 de octubre de 2011 y que han sido corroborados por la Audiencia Nacional (y que no fueron objeto de recurso de casación).

En particular, sin perjuicio de hacer íntegra remisión a los hechos probados y fundamentación jurídica de la resolución confirmada por la sentencia que ahora se ejecuta, cabe señalar lo siguiente:

- De conformidad con el dispositivo primero de la resolución, ASCAN (entre otros) fue declarada responsable de una infracción del artículo 1 de la LDC 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.
- En particular, según lo señalado en el FD 6º, se hace constar lo siguiente:

*“**ASCAN EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN, S.A.** ha participado en la licitación (32-S-5580). Su identidad aparece reflejada en documentación que acredita la colusión en dicha licitación y revela su participación en la reunión de 16 de diciembre de 2008. También se ha acreditado en la contabilidad de MISTURAS un pago a ASCAN como compensación por la licitación de Cantabria 32-S-5580 (HP 6.2.1).*

A la vista de todo ello, puede concluirse que ASCAN EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN, S.A. es responsable de la infracción por su participación en el acuerdo ilícito relativo a la licitación 32-S-5580 convocada por el Ministerio de Fomento.”

La Sentencia que ahora se ejecuta obliga a reconsiderar todo el proceso de determinación de la sanción. La Resolución del Consejo de la CNC de 19 de octubre de 2011 motivó la determinación de las multas sobre la base de los criterios siguientes (cfr. FD 7º de la resolución):

- Determinación del mercado afectado. Según la resolución (páginas 117 y ss), *“se ha constatado que el mecanismo colusorio afectaba a licitaciones públicas del ámbito de la conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas (carreteras, autovías, etc.). Este es el ámbito donde era susceptible que la infracción produjera efectos y el que debe considerarse como referencia a efectos del cálculo del importe básico de la sanción”*. Se excluye el ámbito de construcción y se rechazan alegaciones tendentes a restringir el mercado por razón de actuación funcional (conservación mejora etc.), tipo de licitación (abierta, restringida) o ámbito territorial (nacional).
- Duración. En lo referente a la duración, la resolución (pág. 120) rechaza el carácter instantáneo de la conducta (en atención al día de la adjudicación) y articula un criterio para fijar la duración sobre la que determinar el volumen de negocios afectado basado en lo siguiente (pág. 122)
 - o 6 meses prorrateados del volumen de negocios en el mercado afectado correspondiente a 2008 para aquellas empresas que participaron solo en la licitación de PROBISA.
 - o 13 meses (todo el volumen de negocios en el mercado afectado correspondiente a 2009 y un doceavo del correspondiente a 2008) a las empresas que participaron en licitaciones de 2009.
 - o 18 meses (todo el volumen de negocios en el mercado afectado correspondiente a 2009 y la mitad del correspondiente a 2008) a las empresas que participaron en licitaciones de 2008 y 2009.
- Ponderación decreciente con el tiempo transcurrido. De acuerdo con lo previsto en el párrafo 15 de la Comunicación de Multas, los importes correspondientes al mercado afectado durante el tiempo de conducta imputado fueron objeto de ponderación de forma que los valores anteriores a los últimos 12 meses recibían una ponderación decreciente.
- Porcentaje basado en el número de licitaciones. Sobre el valor antes calculado, la resolución (pág. 125-126) aplicaba un porcentaje cifrado en un 5% en los casos de participación en una sola licitación, porcentaje incrementado en dos puntos porcentuales por cada licitación (por encima de uno) en la que la empresa hubiera participado.
- Atenuantes o agravantes. El FD 8º relaciona la posible incidencia de circunstancias atenuantes o agravantes para cada una de las empresas.
- Límite del 10%. Por último, se reduce el importe al 10% del volumen de negocios total de la empresa en el ejercicio anterior en aquellos supuestos en que la multa calculada resultara superior a dicho porcentaje (inciso final del FD 8º).

En el caso de ASCAN, en la Resolución de la CNC el proceso de determinación de la multa obedecía a los factores y datos siguientes:

	<i>Nº de licitaciones</i>	<i>Mercado afectado ponderado por antigüedad de infracción</i>	<i>Importe básico de la sanción (%)</i>	<i>Importe básico de la sanción (€)</i>
ASCAN	1	24.370.500 €	5%	1.218.525 €

No se apreciaron circunstancias agravantes ni atenuantes.

Cabe además hacer constar que la multa así calculada supuso una multa del **0,82%** de su volumen de negocios total en 2010, ejercicio anterior al de la resolución.

3.2. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo.

De acuerdo con lo expuesto por el Tribunal Supremo en sus fundamentos primero y segundo, en los que acoge los razonamientos jurídicos de su Sentencia de 29 de enero de 2015¹, el proceso de determinación de la multa debe necesariamente ajustarse a las siguientes premisas.

- Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. La Sala señala que dichos límites “constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje” y continúa exponiendo que “se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones.”
- Sobre dicha base, concluye el Tribunal que la metodología de cálculo que subyace en la *Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea* (actuales artículos 101 y 102 del TFUE), publicada en el BOE el 11 de febrero de 2009, y que utiliza la interpretación del artículo 63.1 de la LDC como un umbral o límite extrínseco, no resulta aceptable.

¹ También, en idéntico sentido, las sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015 (recursos 1476/2014 y 1580/2013), entre otras.

- En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, que en este caso podría llegar hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC se refiere al *“volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”*, concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, *“lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al “todo” de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de “volumen total” se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción. Voluntad legislativa acorde con esta interpretación que, como bien recuerda el voto particular, rechazó las propuestas de modificación del texto, expuestas en los trabajos preparatorios de su elaboración, que específicamente intentaban reducir el volumen de ventas a tan sólo las realizadas en el mercado afectado por la infracción”*. Rechaza así la interpretación según la cual dicho porcentaje deba calcularse sobre la cifra de negocios relativa al sector de actividad al que la conducta o infracción se refiere.
- Dentro del arco sancionador que discurre hasta el porcentaje máximo fijado en el artículo 63 de la LDC, las multas deberán graduarse conforme a los criterios del artículo 64.1 de la LDC, esto es, entre otros, *“a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción; b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; c) El alcance de la infracción; d) La duración de la infracción; e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables.”*
- Por último, el FD 2º de la sentencia insiste en la necesaria disuasión y proporcionalidad que deben guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, junto con la precisa atención a los criterios de graduación antes apuntados. Así, señala en particular que el artículo 64 enumera criterios que *“inequívocamente remiten a la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados.”* Añade más adelante que *“las sanciones administrativas previstas para el ejercicio de actividades económicas [...] han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener unos beneficios económicos derivados de las infracciones que resulten ser superiores a los costes (las sanciones) inherentes a la represión de aquéllas.”*

El método de determinación de la multa utilizado en la resolución sancionadora original de la CNC se construyó sobre la base del concreto expediente y de las peculiares circunstancias que rodean los casos de colusión en licitaciones públicas (“bid-rigging”).

Sin embargo, como ya se ha explicado, subyacían en esa resolución criterios en línea con los recogidos en la *Comunicación de multas* de la CNC, ya que se partía de la aplicación de un determinado porcentaje sobre el volumen de negocios en el mercado afectado por conducta ponderado por la antigüedad de la infracción, y se consideraba el 10% sobre el volumen de negocios total como un límite extrínseco a aplicar sobre la multa así calculada. Por tanto, es preciso proceder de nuevo a la fijación de la sanción de acuerdo con los criterios expuestos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

3.3. Criterios generales para la determinación de la sanción basados en los hechos acreditados en la sanción original (S/0226/10).

La infracción que acredita la Resolución de 19 de octubre de 2011 (y confirman los Tribunales) de la que es responsable ASCAN es una infracción muy grave (art. 62.4.a) y por tanto podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c), esto es, 2010.

Como se ha mencionado, consta en el expediente que el 1 de abril de 2015 ASCAN presentó su facturación total consolidada y la de sus filiales en España, relativa al año 2010, siendo esta de 148.975.189,58 € (folio 3957). Teniéndose en consideración esta cifra aportada, el porcentaje sancionador a aplicar en el presente expediente debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la Resolución de 19 de octubre de 2011 (S/0226/10), siguiendo los criterios de la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El mercado afectado por la conducta, tal y como ya se ha señalado, es de las licitaciones públicas del ámbito de la conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas (carreteras, autovías, etc.) en España.

En dicho mercado, como se indica en la Resolución de la CNC, la oferta está constituida por un elevado número de empresas constructoras y de ingeniería civil, que en el año 2007 ascendía a 47.424, y la demanda por el sector público, que gestiona el 98% de la red de carreteras españolas², red que en 2008 comprendía 165.011 km.

Si bien no existe en el expediente referencia concreta a la cuota de las empresas imputadas en el mercado, de la Resolución se puede extraer que el volumen de ventas en el mercado afectado de las empresas participantes en la conducta declarada prohibida era, en 2008, un 17,5% del total de las inversiones en conservación de carreteras por la Administración Pública (Estatal y Autonómica), y en 2009, un 45,6% de las inversiones en conservación de carreteras por la Administración Central.

Tanto la consideración del objeto de la conducta sancionada –acordar de forma secreta el ganador de la licitación y la oferta económica a presentar– como el procedimiento empleado para llevarla a cabo –que imposibilitaba la participación de cualquier

² El resto se corresponde con la gestión de las autopistas de peaje por las empresas concesionarias.

empresa no perteneciente al cártel que hubiera podido presentarse en un procedimiento abierto– justifican que la conducta sea valorada como muy grave. Además, la resolución original apuntó ya los particulares efectos dañinos que una conducta como la analizada generó para el sector económico afectado y para los contribuyentes (FD 7º):

“Resultan inaceptables los argumentos esgrimidos por algunas empresas de que este tipo de colusión no afecta significativamente a los consumidores o de que en ausencia de ella el resultado hubiera sido el mismo. Pocas infracciones pueden dañar tanto y a una base tan amplia. Al suponer un mayor coste de la licitación y, con ello, un mayor cargo presupuestario, está afectando nada menos que a todos los contribuyentes. Merece la máxima reprobación las conductas de quienes están dispuestos a realizar bajas cercanas al 30% y se ponen de acuerdo para realizarlas del orden del 3%, dividiéndose entre los participantes ese ilícito beneficio, que no se puede ocultar resulta paralelo al perjuicio que a la Administración que convoca el concurso, y en definitiva al conjunto de los ciudadanos, ocasiona.”

Por tanto, aunque las empresas estaban dispuestas a realizar bajas cercanas al 30%, como consecuencia de los acuerdos la baja se limitó a un 3%, repartiéndose la diferencia o sobreprecio entre los participantes, lo que se tradujo en un perjuicio no sólo para la Administración convocante sino también para el conjunto de los ciudadanos. En concreto, pudo acreditarse que el sobreprecio repartido entre las empresas participantes en 8 de las 14 licitaciones ascendió a 14.185.731,06 €, aunque no fue posible cuantificar el sobreprecio en las restantes 6 licitaciones afectadas por la conducta.

3.4. Criterios particulares relacionados con ASCAN para la determinación de la sanción

Dentro de los criterios para la individualización del reproche sancionador a ASCAN cabría considerar los siguientes.

De acuerdo con la información facilitada por ASCAN, su volumen de negocios total (VNT) y en el mercado afectado (VNMA) durante la infracción son los que se recogen en la tabla siguiente:

VNT en 2010	VNMA en 2008	VNMA en 2009
148.975.189 €	13.272.000 €	23.541.000 €

En lo referente a la duración, como se ha dicho, la Resolución de la CNC (pág. 120) rechaza el carácter instantáneo de la conducta (en atención al día de la adjudicación) y articula un criterio para fijar la duración sobre la que determinar el volumen de negocios

afectado basado en lo siguiente (pág. 122). En el caso de ASCAN, la duración fue de 13 meses, que se corresponde con todo 2009 y un doceavo de 2008.

En consecuencia, la facturación de ASCAN en el mercado afectado por la conducta durante la infracción se eleva a 24.647.000 euros (un doceavo del volumen de negocio en el mercado afectado en 2008 más todo el volumen de negocio del mercado afectado en 2009). Dicho importe es sustancialmente superior al de la media del resto de empresas participantes en la conducta. Por otro lado, consta acreditada la participación de ASCAN en una sola de las licitaciones investigadas (licitación de Cantabria 32-S-5580).

Por último, el FD 2º de la citada sentencia del Tribunal Supremo insiste en la necesaria proporcionalidad que debe guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, y para eso hay que tener en cuenta “la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados”.

En este sentido, aunque un tipo sancionador fuera proporcionado a la gravedad y características de la infracción cometida, la aplicación de ese porcentaje al volumen de negocios total de la empresa podría conducir a una sanción en euros que no respetara la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva cuando se trate de una empresa que actúa en otros mercados además de en el mercado afectado por la infracción. En el caso de ASCAN, el volumen de negocios en el mercado afectado es solo un 16,5% del volumen de negocios total de la empresa en 2010, lo que confirma que se trata de una empresa con una amplia actividad en mercados distintos de los afectados por la infracción.

De acuerdo con todo lo señalado, esta Sala considera que el tipo sancionador en el que debe quedar fijado el importe de la multa debe ser del 2,15% de su volumen de negocios total en 2010, lo que supondría una sanción de 3.204.110 euros. Esta sanción, más reducida de lo que sería en principio adecuado a la gravedad y otras características de la infracción, se considera proporcionada para no penalizar a ASCAN por su condición de empresa multiproducto, de acuerdo con la citada sentencia del Tribunal Supremo.

3.5. Prohibición de *reformatio in peius*.

No obstante, visto que el importe de multa originalmente impuesto en la Resolución de la CNC ascendía a 1.218.525 euros, en aplicación del principio de la prohibición de la *reformatio in peius*, como consecuencia de la impugnación (y la estimación parcial del recurso) por parte de ASCAN, el importe de la multa ahora fijado no puede superar el inicialmente impuesto. En consecuencia, como la multa que se deriva del nuevo método de determinación de las sanciones es superior a la multa original, el importe de la multa finalmente impuesta debe quedar fijado en 1.218.525 euros.

El importe así fijado, como se ha indicado anteriormente, supone un 0,82% del volumen de negocios total de ASCAN en 2010.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Imponer a ASCAN EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN, S.A., en ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de junio de 2013 (Recurso 673/2011), casada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2015 (recurso 2793/2013), y en sustitución de la inicialmente impuesta en la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de octubre de 2011 (Expte. S/0226/10 Licitaciones de Carreteras.), la multa de **1.218.525 euros**.

Comuníquese esta Resolución a la Audiencia Nacional y a la Dirección de Competencia, y notifíquese a la parte interesada haciéndole 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.

VOTOS PARTICULARES

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz a la Resolución aprobada en el día de hoy 19 de Noviembre del 2015, por mayoría simple, en el marco del Expediente de Vigilancia VS/0226/10 Licitaciones de Carreteras: Ascan Empresa Constructora y de Gestión S.A.

DISCREPANCIA que concreto y desarrollo en los siguientes **MOTIVOS**

PRIMERO.- PROEMIO.-

Este Expediente de Vigilancia trae causa en la Resolución de 19 de Octubre del 2011 dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, hoy extinta, en la que acordaba

***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 (...) ASCAN EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTION 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 (...) 1.218.525 Euros a ASCAN EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTION S.A. (...).*

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

ASCAN EMPRESA CONTRUCTORA Y DE GESTION S.A., en tiempo y forma interpuso Recurso Contencioso-Administrativo contra la anterior Resolución administrativa, del que conoció la Ilma. Sección Sexta de la Audiencia Nacional (Recurso 673/2011) dictando Sentencia el día 17 de Junio del 2013 en la que *“estimaba parcialmente el Recurso en cuanto a la cuantificación de la multa”*.

La Excma. Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, el día 30 de Enero del 2015 dictaba Sentencia en la que acordaba *“no haber lugar al Recurso de casación, manteniendo la estimación parcial del Recurso contencioso-administrativo acordado por la Sentencia de la Audiencia Nacional, en los términos expuestos en los fundamentos jurídicos de la misma”*.

-----0-----

El mandato judicial de *“recalcular y cuantificar las multas”* trae causa en la **inicial Sentencia de 29 de Enero del 2015 Recurso de Casación 2872/2013**, posteriormente seguida por otras, en la que definitivamente aborda y concluye exponiendo su doctrina a la luz de las erróneas aplicaciones e interpretaciones de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia y de la Comunicación de Sanciones de la Comisión Nacional de la Competencia, **en aplicación del Principio Constitucional y Legal de Jerarquía Normativa** ex Artículo 9 de la Constitución Española y Artículo 1 del Código Civil, que indebida y erróneamente se había venido

aplicando tanto por la hoy extinta Comisión Nacional de la Competencia, como por esta SALA DE COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia “en perjuicio de lo prevenido en los Artículos 62, 63 y 64 de la Ley 15/2007”, que fue causa y motivo reiterado de mis Votos Particulares Discrepantes, que no disidentes, ni rebeldes, ni sistemáticos, interpuestos al efecto.

-----0-----

Este Expediente de Vigilancia fue turnado a la Ponencia el día 24 de Abril del 2015.

SEGUNDO.- CADUCIDAD.-

La **STS de 24 de Noviembre del 2014 Recurso de Casación 4816/2011** (Ponente el Excmo. Señor Magistrado Don Manuel Campos Sánchez-Bordona) al abordar la excepción de **CADUCIDAD** establece al efecto que

*“Tanto la Ley 16/1989 como la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia **SOLAMENTE** establecen la caducidad para el transcurso del plazo de duración de la fase del procedimiento sancionador que tiene lugar ante el Servicio de Defensa de la Competencia (luego Dirección de Investigación, luego Dirección de Competencia) y el posterior ante el Tribunal de Defensa de la Competencia (luego Comisión Nacional de la Competencia y hoy Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) **SAN de 13 de Junio de 2011 Recurso 646/2009 Sección Sexta.***

(.....) No pueden parificarse, a los efectos que aquí importan, dos plazos de naturaleza diferente.

*Por un lado, existe el plazo máximo de **doce meses** para la fase del procedimiento que tiene lugar ante el Servicio de Defensa de la Competencia, plazo que se interrumpe si, en el curso de dicha fase, alguno de los interesados hace uso del mecanismo de recurso previsto en el Artículo 47 contra los actos del Servicio. Todo ello de conformidad con el Artículo 56 de la misma Ley 16/1989.*

*En todo caso, la declaración de caducidad (.....) **lo sería sin mengua de su ulterior reapertura dentro del plazo de prescripción.***

-----0-----

La Ilma. Sección Sexta, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en su muy reciente **SAN de 11 de Junio del 2015** (Ponente el Ilmo. Señor Magistrado Don Santiago Soldevila Fragoso) establece

*“La primera cuestión que debe abordarse es la relativa a la **CADUCIDAD** del expediente administrativo (.....). Ello es así, de acuerdo con lo dispuesto en los Artículos 37.1.e) de la Ley 15/2007 y Artículo 12.1.b) del Real Decreto 261/2008 **debiendo referirse a días naturales el cómputo de dichos plazos** ex apartado tercero del citado Artículo 12 del Real Decreto 261/2008.*

En consecuencia, la tramitación y resolución del procedimiento ha tenido una duración de 18 meses y 3 días, superando por tanto el plazo establecido en el Artículo 36.1 de la Ley 15/2007.

*La CNC incurre en un error al acordar el día 10 de Octubre del 2011 la **suspensión** de la tramitación del procedimiento con fecha 6 de Octubre anterior.*

*Esta práctica contraviene lo dispuesto en los Artículos 57.1 y 3 de la Ley 30/1992 de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común **“pues los actos administrativos producen sus efectos desde el momento en que se dictan, siendo absolutamente excepcional la posibilidad de dictarlos con efectos retroactivos, ya que esos casos se limitan a los supuestos en que***

- (1) la retroacción de efectos sea favorable al interesado.*
- (2) o cuando se dicten en sustitución de otros anulados.*

*Ello es así, porque en caso contrario quedaría **al criterio** de la Administración la fijación de los días iniciales y finales del cómputo del plazo de caducidad del expediente administrativo **incurriendo en arbitrariedad ex Artículo 9 CE.***

*Ninguno de los dos supuestos concurren en el presente caso y así las cosas, es claro que la tramitación del procedimiento ha excedido los plazos legalmente previstos....**por lo que procede declarar la caducidad del procedimiento.***

-----0-----

En consecuencia y dado que el dictado de la resolución administrativa se encuentra dentro del plazo previsto para la prescripción de la conducta, lo procesalmente correcto hubiera sido declarar la caducidad, dar traslado a las partes y, en su momento, dictar Resolución administrativa en la que se declare, partiendo de la tipificación de la conducta, la imposición de la multa a la que hubiere lugar en Derecho, plenamente motivada.

Iter argumentativo que tiene su amparo legal en los preceptos de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, **mutatis mutandi** por cuanto debe equipararse Propuesta de la Dirección de Competencia desarrollando el mandato de las Sentencias firmes dictadas con fase instructiva; y fase resolutoria propia de esta Sala de Competencia.

Y ello es así, por cuanto un Expediente de Vigilancia y sus posteriores efectos carecería de virtualidad si no trajera causa antecedente de un Expediente Sancionador que lo propicia como uno de los acuerdos adoptados y concretados en su Parte Dispositiva.

-----0-----

Sin perjuicio de apreciar la caducidad, también **DISCREPO** del fondo de la Resolución administrativa aprobada en el día de hoy, en base a los siguientes motivos que **cautelam** concreto seguidamente.

TERCERO.- MOTIVACIÓN.-

La Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, en el Título V “Del Régimen Sancionador”, en su **Artículo 61 Sujetos infractores** dispone en su apartado primero que “*serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley*”.

Para seguidamente en el **Artículo 62 Infracciones** desarrollar la calificación de las infracciones (leves, graves y muy graves) del tenor que concreta en los apartados siguientes.

Finalmente, en el **Artículo 63 Sanciones** apartado primero dispone que “*los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllas 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 por ciento 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 por ciento 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 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa*”.

-----0-----

Consignar una vez más la uniforme, constante, reiterada y consolidada doctrina jurisprudencial (Tribunal Supremo y Audiencia Nacional)

*“sobre la interdicción de que los órganos judiciales y/o administrativos incurran en **la violación del deber de motivación de sus decisiones**, que garantizan los Artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución Española, como un derecho fundamental reconocido a los ciudadanos-administrados”.*

*“Y ello como garantía esencial para el justiciable, mediante la cual es posible comprobar que la decisión adoptada es consecuencia de la aplicación razonada del Ordenamiento Jurídico y no fruto de la arbitrariedad y que no impone sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones formuladas, **sino que además ésta ha de tener un contenido jurídico**” (por todas, las SSTs 118/2006 de 24 de Abril; 67/2007 de 27 de Marzo; 44/2008 de 10 de Marzo; 139/2009 de 15 de Julio; 160/2009 de 29 de Junio.....).*

-----0-----

En este mismo sentido la **STS de 30 de Septiembre del 2009 Recurso de Casación 1435/2008** en la que sostiene que

“el cumplimiento de los deberes de motivación y de congruencia se traduce, en síntesis, en una triple exigencia: (1) de un lado, la exteriorización de un razonamiento que siendo jurídico, por discurrir sobre aquello que en derecho puede ser relevante, se perciba como causa de la decisión a la que llega el Juzgador; (2) de otro, la extensión de tal razonamiento, explícita o implícitamente, a las cuestiones que habiendo sido planteadas en el proceso necesiten ser abordadas por depender de ellas la decisión; y (3) en fin, una decisión cuyo sentido abarque inequívocamente todas las pretensiones deducidas. Por cuanto y en todo caso, las resoluciones deben ser claras, precisas y congruentes, a la par que motivadas”.

La Excm. Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de Tribunal Supremo, el día 22 de Mayo de este corriente año 2015 ha dictado Sentencia en el Recurso de Casación 658/2013, en cuyo Fundamento de Derecho Séptimo establece los siguientes pronunciamientos

*“(....) es acorde con la doctrina jurisprudencial de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, expuesta en las Sentencias de 6 de Junio de 2007 (Recurso de Casación 8217/2004) y 30 de Septiembre del 2013 (Recurso de Casación 5632/2009) que exige a la Administración que **individualice la sanción** para adaptarla a la gravedad del hecho, puesto que el ejercicio de la potestad sancionadora **es de carácter reglado**; y está en conexión con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea expuesta en las Sentencias de 30 de Mayo del 2013 (C-70/12) y 29 de Abril del 2015 (C-148/14) que **obliga** a las autoridades administrativas sancionadoras y a los tribunales de justicia, en su función de control de la legalidad de las sanciones administrativas impuestas, **a considerar la totalidad de las circunstancias de hecho o de derecho**, específicas, así como a tener en cuenta el comportamiento del presunto responsable y la mala fe o el ánimo fraudulento, **a los efectos de determinar el importe de la sanción de forma coherente y objetiva, con la debida observancia del PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD”.***

-----0-----

La Audiencia Nacional en la muy reciente **Sentencia de 30 de Enero del 2014 Recurso 422/2012** recuerda que *“constituye un principio esencial del derecho punitivo español la división en grados (mínimo, medio y máximo) dependiendo la fijación de la cuantía de la multa-sanción la concurrencia o no de circunstancias modificativas de la responsabilidad”.*

De ahí que, a juicio de la doctrina jurisprudencial sobre la base de los preceptos normativos que conforman el Ordenamiento Jurídico (**tipicidad**) deban valorarse (**a**) la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia; (**b**) la dimensión y las características del mercado afectado; (**c**) los efectos de la infracción en el mercado afectado y la incidencia sobre consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; (**d**) la duración temporal de la conducta restrictiva de la competencia; (**e**) la reiteración y demás circunstancias modificativas de la responsabilidad: agravantes, atenuantes y/o eximentes; (**f**) la distinción entre conductas plenamente deliberadas de las simplemente negligentes, o en las que coexistan mala fe o un ánimo fraudulento.

Y todo ello en orden **“a la discrecionalidad que no arbitrariedad”** que la Ley concede al órgano sancionador y que debe ser ejecutada **“ponderando las circunstancias concurrentes en cada caso, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida; dado que toda sanción debe determinarse en congruencia con los señalados principios de tipicidad, proporcionalidad e individualización de la sanción, con la finalidad de adaptarlos a la gravedad de la conducta imputada”**.

Así la **Ley 30/1992** de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aborda en el Título IX “De la potestad sancionadora” tales principios y en concreto en sus Artículos 129, 130 y 131; y lo mismo ocurre en las disposiciones del **Real Decreto 1398/1993** de 4 de Agosto, por el que se aprueba el reglamento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora.

-----0-----

La tantas veces citada **STS de 29 de Enero del 2015 Recurso de casación 2872/2013** en tanto que pionera de otras siguientes, definitivamente aborda tales principios, anteriormente concretados, pero también dispone que

“(....) la comisión de infracciones concurrenciales no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas (....). Aunque ello dependerá ya del legislador, responsable último de fijar la aptitud intimidatoria de las sanciones, un sistema general de multas que pretenda establecer un nivel de disuasión adecuado que quizás debería implicar no sólo la ausencia, en todo caso, de aquellos beneficios, sino un plus que añada, a los términos de la ecuación “beneficio esperado” menor “al coste de la sanción”, añade decimos, el factor de probabilidad en la detección de las conductas infractoras. En todo caso, con o sin este último factor, corresponde a la Ley –y no a quien la ejecuta o interpreta– establecer las modalidades de sanciones y los límites cuantitativos, fijos o porcentuales, que el legislador considere oportuno para cumplir la finalidad disuasoria de las sanciones en esta área del Ordenamiento Jurídico. Ello justifica que determinadas leyes prevean que el castigo pecuniario a las infracciones en ellas contemplado, cuando la sanción deba calcularse en función de los beneficios obtenidos por la conducta, se concrete en multas que oscilan entre el monto del beneficio al duplo, el triple u otros múltiplos de aquél”.

No debe olvidarse, en fin, que el efecto disuasorio debe predicarse de la política de defensa de la competencia en su conjunto, en el marco de la cual sin duda tienen este carácter, además de las sanciones pecuniarias a las propias empresas, ciertas medidas punitivas previstas en la norma pero no siempre adoptadas en la práctica (como la contenida en el Artículo 63.2 de la Ley 15/2007) que permite imponer multas de hasta 60.000 €uros a las personas que integran los órganos directivos de las empresas infractoras o bien un marco procesal de acciones civiles que faciliten el efectivo resarcimiento de los daños ocasionados por las conductas anticompetitivas”.

-----0-----

Esta Resolución, de la que discrepo, hace una serie de asertos que, siendo contradictorios y contrarios en su esencia, en todo caso suponen una evidente falta de motivación de los mismos, generando confusión o, dicho de otro modo, este Consejero no es capaz de entender tal desarrollo por cuanto lo que se afirma (sin probanza alguna) en un párrafo, en el siguiente/s se desvirtúa. Asertos tales como

- *“en consecuencia, la facturación de ASCAN en el mercado afectado por la conducta durante la infracción se eleva a 24. 647.000 euros (un doceavo del volumen de negocios en el mercado afectado en 2008 más todo el volumen de negocio del mercado afectado en 2009). **Dicho importe es sustancialmente superior al de la media del resto de empresas participantes en la conducta.***
- ***Por otro lado, consta acreditada la participación de ASCAN en una sola de las licitaciones investigadas (licitación de Cantabria 32-S-5580)”. Página 10.***
- *“en el caso de ASCAN el volumen de negocios en el mercado afectado es sólo un 16,5% del volumen de negocios total de la empresa en 2010, lo que confirma que se trata de una empresa con una amplia actividad en mercados distintos de los afectados en la infracción” Página 10.*
- *“como se ha mencionado, consta en el expediente que el 1 de Abril del 2015 ASCAN presentó su facturación total consolidada y la de sus filiales en España, relativa al año 2010, siendo ésta de 146.975,189,58 €uros”. Página 8.*
- *“no obstante, visto que el importe de multa originalmente impuesto en la Resolución de la CNC **ascendía a 1.218.525 €uros**, en aplicación del principio de la prohibición de la reformatio in peius, como consecuencia de la impugnación (y la estimación del recurso) por parte de ASCAN, el importe de la multa ahora fijado no puede superar el inicialmente impuesto. **En consecuencia, como la multa que se deriva del nuevo método de determinación de las sanciones es superior a la multa original, el importe de la multa finalmente impuesta debe quedar fijado en 1.218.525 €uros**”. Página 10.*
- *“de acuerdo con todo lo señalado, esta Sala considera que el tipo sancionador en el que debe quedar fijado el importe de la multa **debe ser del 2,15% de su volumen de negocios total en 2010, lo que supondría una sanción de 3.204.110 €uros**. Esta sanción, más reducida de lo que sería en principio adecuado a la gravedad y otras características de la infracción, se considera proporcionada para no penalizar a ASCAN por su condición de empresa multiproducto, de acuerdo con la citada sentencia del Tribunal Supremo”. Página 10.*
- *“el importe así fijado, como se ha indicado anteriormente, supone un 0,82% del volumen de negocios total de ASCAN en 2010”. Página 11*

-----0-----

Digo asertos contrarios y contradictorios en su esencia, por cuanto:

- (1) Concreta como hecho probado e indubitado (página 10) que *“la facturación de ASCAN en el mercado afectado por la conducta durante la infracción se eleva a 24.647.000 Euros”*.
- (2) Seguidamente concreta que el tipo sancionador *“debe ser del 2,15% lo que supondría una sanción de 3.204.110 Euros”*, *“pero que en aplicación del principio de la reformatio in peius, debe quedar fijado en 1.218.525 Euros”*.

La Resolución no explica por qué se fija el porcentual en el 2.15% y no en el 5% o en el 9% o no en el 0.7%.

Salvo error, el porcentual de 2,15% sobre un volumen de negocios en el mercado afectado, previamente fijado en 24.647.000 Euros, daría por resultado una multa-sanción de **Euros 529.910**.

- (3) En todo caso, ***si la Resolución dictada hubiera sido consecuente fiel con su propio discurso, la sanción-multa a imponer sería la de Euros 529.910 consecuencia de aplicar el 2,15% sobre 24.647.000 Euros.***

CUARTO.- VOLUMEN DE NEGOCIOS.-

La Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, a diferencia de la anterior Ley 16/1989 introduce el adjetivo total para referirse al volumen de negocios de la empresa infractora. Adjetivo total que había venido siendo aplicando por las Salas de Justicia hasta la Sentencia de 29 de Enero del 2015 dictada por la Excm. Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en la que se matiza *“entre empresas monoproducto y empresas multiproducto”* en orden a aplicar el porcentual correspondiente fijado en el Artículo 64 de la Ley 15/2007 sobre el volumen de negocios en el mercado afectado por la conducta.

Finalmente, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de la Unión Europea en su muy reciente **Sentencia de 22 de Octubre del 2015 (Asunto C-194/14)** ha acogido la doctrina seguida por nuestro Tribunal Supremo y así establece

- 62. *En la medida en que AC-Treuhand alega que el Tribunal General incurrió en error de Derecho al considerar que la Comisión no estaba obligada a determinar las multas impuestas sobre la base de los honorarios que percibió, ha de recordarse que, para determinar el importe de la multa, se puede tener en cuenta tanto el volumen de negocios global de la empresa, que constituye una indicación, aunque sea aproximada e imperfecta, del tamaño de ésta y de su potencia económica, como la parte de este volumen que procede de los productos objeto de la infracción y que, por tanto, puede dar una indicación de la amplitud de ésta (Véase, en particular la Sentencia LG Display y LG Display Taiwan/Comision C-227/14).*

- *64. De ello se deduce que el punto 13 de las Directrices tiene como finalidad que, en principio, se tome como base, para el cálculo de la multa que vaya a imponerse a un empresa, un importe que refleje la importancia económica de la infracción y el peso relativo de esa empresa en dicha infracción”.*

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 19 de noviembre de 2015, en el marco del Exp. VS/0226/10 LICITACIONES DE CARRETERAS, ASCAN EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN, S.A, y al que se adhiere el Il. Consejo Fernando Torremocha García-Sáenz.

ANTECEDENTES.-

Con fecha 19 de octubre de 2011 el Consejo de la extinta CNC dictó *Resolución* en el Expediente **S/0226/10, LICITACIONES DE CARRETERAS**. Entre otras decisiones, tomó la de sancionar a **ASCAN EMPRESA CONSTRUCTORA Y DE GESTIÓN, S.A** – una de las empresas imputadas– con una multa de 1.218.525 euros. La empresa recurrió la citada *Resolución* ante la Audiencia Nacional, que por *Sentencia* de 17 de junio de 2013 resolvió «no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en cuanto a la cuantificación de la multa [...] ordenando a la CNC que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados [...] confirmando la Resolución en sus restantes pronunciamientos».

La SAN fue recurrida ante TS, quien por *Sentencia* de 30 de enero de 2015 ordenó a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia «que cuantifique la sanción pecuniaria en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio», haciendo notar que «el cálculo de la sanción debe hacerse en sintonía con la interpretación que de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 hacemos en esta sentencia. Ello implica la improcedencia de acometerlo con arreglo a las pautas sentadas en la Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones».

Con fecha 19 de noviembre de 2015, esta SALA de COMPETENCIA de la CNMC, con objeto de cumplir la mencionada STS, ha procedido al recálculo de la multa aplicable a la recurrente ASCAN, dictando la *Resolución* que ahora nos ocupa y de la que discrepo. Mi discrepancia se explicita de este modo:

PRIMERO.- En mi opinión la *Resolución* aprobada no cumple satisfactoriamente el mandato del TS a la CNMC para «cuantifique la sanción pecuniaria en el porcentaje que resulte, **atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados**, conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio [Énfasis añadido]».

Personalmente, no sé cuál es el *iter* argumentativo de la *Resolución*, es decir, el razonamiento por el que, partiendo de «lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio», la mayoría de la SALA ha llegado a concluir que el porcentaje sancionador apropiado «debe ser el 2.15%». No lo deduzco de la lectura de la

Resolución y tampoco he podido hacerlo en el proceso de deliberación. Enunciados como el siguiente, relativo al volumen de negocio afectado por la infracción, no ayudan a entender el procedimiento:

«Dicho importe es sustancialmente superior al de la media del resto de empresas participantes en la conducta» (págs. 9-10).

Se puede intuir (sólo intuir, pues ni el texto ni la deliberación me proporcionan la certeza) que tener un volumen de negocio afectado por la infracción por encima o por debajo de la media cumple un papel para graduar la infracción, es decir, para determinar un concreto porcentaje sancionador dentro del intervalo 0%-10%, ¿pero *en qué forma*? ¿Qué puede querer decir, a esos efectos, ser *sustantivamente* superior (o para el caso, inferior)? ¿Y cuál es la media? No lo sé, pues ni consta en la *Resolución* ni apareció en la deliberación. Más aún, para calcularla es preciso conocer el volumen de negocio afectado de cada una de las empresas partícipes en el cártel, y ese conjunto de datos ni aparece en la *Resolución* ni ha estado disponible para deliberación.

Tampoco ayuda a conocer el *iter* argumentativo lo siguiente:

«Esta sanción, más reducida de lo que sería en principio adecuado a la gravedad y otras características de la infracción, se considera proporcionada para no penalizar a ASCAN por su condición de empresa multiproducto.» (Pág10).

¿Cuál sería la adecuada *«a la gravedad y otras características de la infracción»*? ¿Y por qué la –misteriosa– sanción que sería adecuada *«a la gravedad y otras características de la infracción»* penaliza a ASCAN *«por su condición de empresa multiproducto»*? No siempre ocurre que, *por el hecho de ser multiproducto*, una empresa es penalizada al imponerle la sanción adecuada a la gravedad de la infracción. ¿Por qué en este caso sí ocurre? Si como puede intuirse tiene que ver con el beneficio ilícito, ¿cuál es, específicamente en este caso, ese beneficio ilícito en razón del cual la –misteriosa– sanción que sería adecuada *«a la gravedad y otras características de la infracción»* no puede aplicarse? No lo sé, pues tampoco consta en la *Resolución* ni estuvo presente en la deliberación.

SEGUNDO.- Me resulta difícil aceptar que el administrado no pueda saber a través de una *Resolución*, aunque sólo sea *más o menos*, por qué se le ha impuesto un porcentaje sancionador y no otro. Pero es aún peor que algún miembro de la SALA que dicta la *Resolución* tampoco lo sepa.

Es el resultado de utilizar una doctrina sancionadora con la que estoy en completo desacuerdo. Esa discrepancia doctrinal ha sido reiterada en sucesivos votos particulares, comenzando en el *Expte. S/0469/12 FABRICANTES DE PAPEL Y CARTON ONDULADO*, al que remito. En mi opinión, y por lo que respecta al

tratamiento de los cárteles, es casi siempre posible resolver de forma más fundada, como espero demostrar a continuación en relación con el caso que ahora nos ocupa.

TERCERO.- Legislación y jurisprudencia para el recalcado de la multa.

Son de aplicación, entre otros, el Art. 62-4-a de ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que tipifica los hechos aquí examinados como *infracción muy grave*; y el Art. 63-1-c, indicativo de que esas infracciones deben ser sancionadas con un porcentaje, *dentro de la escala cero a diez*, del volumen de negocios *total* de la empresa en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. La jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo clarifica que por *volumen de negocios total* debe entenderse el **consolidado** de la empresa (por todas, STS de 29 de enero de 2015, *Recurso de Casación Núm. 2872/2013*).

En consecuencia, corresponde al órgano sancionador establecer, para cada empresa infractora y con arreglo a lo estipulado en el Artículo 64 de la citada Ley –incardinado en el mercado *afectado por la infracción*– la graduación de la sanción dentro de la escala 0%-10%. Como la jurisprudencia dicta que ese porcentaje debe aplicarse sobre el volumen de negocios *consolidado*, surge una posibilidad de conflicto entre los dos objetivos que debe cumplir la sanción, a saber, *proporcionalidad* a la gravedad de infracción y *disuasión* de futuras conductas infractoras.

Dicha posibilidad de conflicto emerge porque mientras en el caso de las empresas unisectoriales (o uni-producto) el volumen de negocios *consolidado* del ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción *coincide con el afectado por la infracción*, en el de las multisectoriales (o multi-producto) el primero es superior al segundo y en ocasiones por mucha diferencia. Puede ocurrir, entonces, que sobre la empresa multi-producto recaiga una sanción que, *a fuer de disuasoria*, devenga *desproporcionada a la gravedad de la infracción*, y entonces el órgano sancionador debe atender a lo dispuesto por el TS:

« [...] se ha hecho referencia a la finalidad disuasoria de las multas en materia de defensa de la competencia [...] Pero tal carácter no puede constituirse en prevalente [...] desplazando al principio de proporcionalidad.»

Ello plantea la necesidad de conocer con qué limitación opera el carácter disuasorio de las sanciones. En la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, el legislador no lo explícita, pero la jurisprudencia del TS lo ha acotado bastante:

«Las sanciones [...] en el ámbito del derecho de la competencia –que [...] no difiere en este punto de otros sectores del ordenamiento– han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener beneficios económicos derivados de las infracciones [...]. Si [...] el legislador considera oportuno incrementar el “efecto disuasorio” a cotas superiores, tiene capacidad normativa para hacerlo dentro del respeto a las exigencias constitucionales»

[...] Aunque ello dependerá ya del legislador [...], un sistema general de multas que pretenda establecer un nivel de disuasión adecuado quizá debería implicar no sólo la ausencia de aquellos beneficios sino un plus [...] En todo caso, corresponde a la ley –y no a quien la ejecuta o la interpreta– establecer los [...] límites que el legislador considere oportuno para cumplir la finalidad disuasoria de las sanciones en esta área del ordenamiento jurídico»

Lo anterior no supone que la sanción *pecuniaria* deba agotar en sí misma el beneficio ilícito, pues «no debe olvidarse que el efecto disuasorio debe predicarse de la política de defensa de la competencia en su conjunto, en el marco de la cual sin duda tienen este carácter, además de las sanciones pecuniarias, otras medidas punitivas» (TS, Jurisprudencia citada). En efecto, el carácter disuasorio de las sanciones no se asienta únicamente en la sanción pecuniaria (la *multa*) sino también –como ejemplo destacable, aunque no único– en el hecho de poner en conocimiento de la sociedad (Art. 69 de la Ley 15/2007) que la empresa ha infringido la ley y en qué términos (un *coste sombra* adicional, toda vez que la propia marca comercial aparece asociada a comportamientos ilícitos en materia de competencia).

En conclusión, el posible conflicto entre los objetivos de *disuasión* y *proporcionalidad*, que puede producirse como resultado de aplicar el porcentaje sancionador de los Arts. 63 y 64 al volumen de negocios *consolidado* de las empresas, ha de resolverse teniendo como referente el *beneficio ilícito* derivado de la acción infractora.

CUARTO.- Cuantificación de la sanción: Preliminar

El Artículo 64 establece los «*criterios*» a los que, «*entre otros*», se debe recurrir a la hora de determinar el porcentaje sancionador dentro de la escala 0% a 10% para cada empresa involucrada. La lista no es excluyente de otros criterios y por tanto la Ley otorga un margen de discrecionalidad al órgano sancionador para considerar en sus decisiones criterios adicionales que –en su parecer *motivado*– entienda apropiado. Así mismo, no todos los criterios que la Ley explícitamente menciona en el Art. 64-1 son independientes entre sí, de modo que *la utilización de alguno(s) ya incluye la utilización de otros*.

Sobre esa base se ha determinado la sanción que aparece en la *TABLA 1*. Para explicar su construcción, conviene realizar algunas consideraciones previas:

(1) La creación de un cártel constituye una infracción *muy grave*. Ello se debe a que, con carácter general, las conductas empresariales que se desvían del marco de la libre competencia entrañan una pérdida de bienestar social, y el cártel es una desviación máxima. Sin embargo, no todos los cárteles son iguales: su capacidad distorsionadora del mecanismo de mercado depende de en qué sector de la economía estén operando. En el caso que nos ocupa, y más allá de haber afectado al erario – que, al ver disminuidos sus ingresos en más de lo que habrían disminuido en ausencia del cártel reduce las posibilidades de inversión al alcance del Estado– la distorsión de

precios ocasionada por el cártel *en el conjunto de la economía* no ha podido ser extensa, pues del sobrecoste de licitación sólo pueden derivarse efectos-precio de escasa cuantía en segunda y posteriores rondas. En efecto, aunque un elevado porcentaje de las mercancías se transportan por carretera, el uso de éstas es generalmente gratuito; e incluso si el Estado cobrara por utilizarlas y transfiriera a los peajes el sobrecoste presente en las licitaciones consideradas aquí, el recargo (*mark-up*) en el precio de las mercancías transportadas sería imperceptible, y así sucesivamente.

En virtud de la limitada capacidad de distorsión del sistema *general* de precios, la pertenencia al cártel que nos ocupa (**específicamente** a éste cártel) merece en sí misma una sanción para cada empresa participante del 2% dentro de la escala 0%-10% y según lo dispuesto por el Artículo 64; por encima de ese nivel, considero que *el reproche sancionador debe reflejar la contribución de cada empresa al daño efectivamente causado*, en el siguiente sentido: Aunque es imposible estimar el valor monetario del daño al bienestar social producido por el cártel, ese daño depende del volumen de ventas realizadas en régimen de cartelización, de modo que la *participación relativa* de cada empresa en el conjunto de las ventas cartelizadas es *una medida de la responsabilidad individual en la pérdida de bienestar social*, con independencia de cuál sea el valor absoluto de éste.

(2) La mencionada jurisprudencia del TS también clarifica la naturaleza de la escala sancionadora del Art. 63-1-c. En particular, el porcentual 10, «*por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable dentro de su categoría, ha de servir de referencia para, a partir de él y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse*». También clarifica qué debe entenderse por “infracción más reprochable dentro de su categoría”:

«[...] Las conductas más próximas a las restrictivas de la competencia que el legislador considera de mayor reprochabilidad son [...] las que él mismo incluye y tipifica en el Código Penal, cuyo artículo 284.1 sanciona a quienes “empleando violencia, amenaza o engaño, intentaren alterar los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías [...] servicios o cualesquiera otras cosas [...] que sean objeto de contratación”. Se trata de conductas contrarias a la libre concurrencia cualificadas por el añadido de la violencia, la amenaza o el engaño».

Pues bien, de lo instruido en este *Expediente* no se aprecia que estemos ante esa clase de conductas extremas. Aunque la creación del cártel constituye en sí misma una infracción muy grave, no existe evidencia de que en su operativa haya mediado violencia, amenaza o engaño *por parte de alguno(s) de sus miembros contra otros*.

Sobre la base de lo descrito considero que la sanción monetaria apropiada en ningún caso debe superar el nivel 4% dentro de la escala sancionadora 0%-10%. En consecuencia, entre el general 2% y el indicado máximo debe incardinarse el porcentaje sancionador apropiado a cada una de las empresas participantes *en función de su responsabilidad individual (relativa)*. Eso es lo que aparece reflejado en la **TABLA 1**.

En su *Resolución* de 19 de octubre de 2011, el Consejo de la extinta CNC, siguiendo reglas bien definidas y explicitadas, delimitó el volumen de negocios afectado por la infracción para cada empresa y año (*vid.* Pág. 122 de la *Resolución*, Folio 11753). Comparto esas reglas de delimitación del volumen de negocio afectado por la infracción en el caso que nos ocupa, y –más importante– la AN las validó en su Sentencia de 17 de junio de 2013, Recurso Núm. 0000673/2011 (*vid.* p. 9-10) y no han sido objeto de casación ante el TS.

Ahora bien, una vez en ese punto, el Consejo de la extinta CNC, en su *Resolución* de 19 de octubre de 2011, procedió a ponderar el volumen de negocio afectado por la infracción con los pesos asignados en la *Comunicación sobre Sanciones* (1 para el del último año en el que se produjo la infracción, 0.75 para el penúltimo, 0.50 para el antepenúltimo...). De esa manera determinó el ingreso global afectado por la infracción (*vid.* Cuarta Columna de la Tabla que aparece en la página 123 de la citada *Resolución*, Folio provisional 11754, declarado confidencial).

Pues bien, de acuerdo con la jurisprudencia del TS (por todas, STS de 29 de enero de 2015, RC 2872/2013) esa ponderación no puede utilizarse porque es parte constitutiva de la *Comunicación de la CNC sobre el cálculo de Sanciones*, que ha sido declarada contraria a Derecho en su totalidad. Así lo pone de manifiesto la propia STS de 30 de enero de 2015 (RC Núm. 2793/2013), que motiva la presente *Resolución*, al ordenar el recálculo de la multa impuesta a la imputada (ASCAN), señalando «*la improcedencia de acometerlo con arreglo a las pautas sentadas en la Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones*».

Por ello, el *Volumen de Negocio Afectado por la Infracción* que aparece en la **Columna 4** de la **TABLA 1** no incorpora la mencionada ponderación (de ahí que no coincida con su equivalente en la *Resolución* de la extinta CNC). Esta columna incluye implícitamente otros elementos del Art. 64, como la dimensión y características del mercado afectado, el alcance de la infracción y su duración. De esa columna resulta la *Cuota de Responsabilidad Individual* en el daño al bienestar producido por el conjunto del cártel (**Columna 5**), que a su vez sirve para fijar el porcentaje sancionador de cada partícipe (**Columna 7**) como **el 2% general más la parte alícuota de responsabilidad en la pérdida de bienestar ocasionada**, una vez asignados 2 puntos porcentuales por ese concepto a **la empresa que más ha contribuido** a la citada pérdida (**Columna 6**).

TABLA 1.

NOTA 1: Se omiten los nombres de las empresas para respetar la confidencialidad de los datos, con la única excepción de la interesada en la presente *Resolución*. *NOTA 2:* El volumen de negocio *consolidado* de la empresa ASCAN en el año 2010 asciende a 148.975.189€ (Folio 3957).

EMPRESAS PARTICIPANTES EN EL CARTEL	REHABILITACIÓN FIRMES		Volumen de negocio afectado por la infracción	Cuota de Responsabilidad Individual	Asignación proporcional de 2 puntos porcentuales de acuerdo a la cuota de responsabilidad individual	Porcentaje sancionador (%)	(% sancionador aplicado al volumen de negocio consolidado en 2010)
	2.008	2.009					
	328.430	33.391	11.131	0,00003	0,0005	2,00	
	5.934.000	16.246.000	16.740.500	0,03952	0,7406	2,74	
	3.556.230	5.850.997	6.147.349	0,01451	0,2720	2,27	
ASCAN	13.272.000	23.541.000	24.647.000	0,05819	1,0904	3,09	4.603.859,41
			15.000.000	0,03541	0,6636	2,66	
	3.603.000	8.417.000	8.717.251	0,02058	0,3856	2,39	
	596.482	335.813	285.717	0,00067	0,0126	2,01	
	13.407.300	16.364.200	23.067.851	0,05446	1,0205	3,02	
	753.310	4.921.537	4.984.313	0,01177	0,2205	2,22	
	906.708	773.019	257.674	0,00061	0,0114	2,01	
	4.609.846	5.866.624	1.117.689	0,00264	0,0494	2,05	
	44.310	778.898	259.633	0,00061	0,0115	2,01	
	3.265.734	2.782.600	3.054.744	0,00721	0,1351	2,14	
	2.081.232	2.645.277	2.818.713	0,00665	0,1247	2,12	
	838.100	3.965.720	1.321.907	0,00312	0,0585	2,06	
	16.691.263	16.555.621	5.608.969	0,01324	0,2481	2,25	
	9.118.000	23.188.000	27.747.000	0,06551	1,2275	3,23	
	4.617.388	4.364.596	4.749.379	0,01121	0,2101	2,21	
	6.118.152	5.249.865	8.308.941	0,01962	0,3676	2,37	
	5.185.560	2.283.780	2.715.911	0,00641	0,1201	2,12	
	5.779.099	5.353.613	8.243.162	0,01946	0,3647	2,36	
	23.461.135	19.489.502	21.444.597	0,05063	0,9487	2,95	
	4.852.750	6.470.354	6.874.750	0,01623	0,3041	2,30	
	4.374.360	6.472.760	6.837.291	0,01614	0,3025	2,30	
		510.340	510.340	0,00120	0,0226	2,02	
	3.551.700	5.371.837	1.790.613	0,00423	0,0792	2,08	
	1.104.576	3.200.558	3.752.846	0,00886	0,1660	2,17	
	14.559.896	22.447.664	29.727.612	0,07018	1,3151	3,32	
	2.540.831	4.980.159	6.250.575	0,01476	0,2765	2,28	
	197.117	9.331.516	9.347.943	0,02207	0,4135	2,41	
<i>Empresa con la mayor cuota de responsabilidad individual</i>	20.052.000	35.184.000	45.210.000	0,10673	2,0000	4,00	
	1.556.700	3.857.800	3.987.525	0,00941	0,1764	2,18	
	6.140.000	2.820.000	3.331.667	0,00787	0,1474	2,15	
	8.638.669	8.728.139	13.047.474	0,03080	0,5772	2,58	
	4.972.731	12.442.035	14.928.400	0,03524	0,6604	2,66	
	4.422.709	13.241.225	13.609.784	0,03213	0,6021	2,60	
	4.991.365	15.440.990	15.856.937	0,03744	0,7015	2,70	
	1.371.000	4.508.000	5.193.500	0,01226	0,2298	2,23	
	9.420.199	6.153.682	6.938.698	0,01638	0,3070	2,31	
	4.585.599	10.282.800	10.664.933	0,02518	0,4718	2,47	
	10.772.422	12.923.929	18.310.140	0,04323	0,8100	2,81	
	26.008.270	10.798.574	12.965.930	0,03061	0,5736	2,57	
	72.000	5.563.000	5.599.000	0,01322	0,2477	2,25	
	4.113.373	1.256.649	1.599.430	0,00378	0,0708	2,07	
TOTAL			423.584.816	1,00000			

Considero que no procede modificar la sanción sobre la base de elementos que ya han sido tomados en cuenta para establecer el porcentaje sancionador del Art. 64, pues con ello esos elementos serían computados más de una vez con el mismo propósito: precisamente determinar ese porcentaje. Pero **sí** cabe modificarla, en cambio, cuando se da alguna de las siguientes circunstancias: **1ª** Existen elementos agravantes o atenuantes de la conducta individual; **2ª** La aplicación del citado

porcentaje al volumen de negocio *consolidado* de la empresa produce, *en el sentido expuesto en el Apartado PRIMERO*, una multa que deviene desproporcionada a la gravedad de la infracción; y **3ª** Dada la naturaleza de la sanción que nos ocupa, y en aplicación del principio *reformatio in peius*, la multa no puede ser superior a la impuesta por el Consejo de la extinta CNC.

QUINTO.- Modificación del porcentaje sancionador de la TABLA 1

(1) En el *Expediente* no constan elementos que puedan ser considerados como agravantes de la conducta infractora de ASCAN. Lo mismo ocurre en cuanto a posibles atenuantes.

(2) Para comprobar si la aplicación de porcentaje sancionador de la *Tabla 1* al volumen de negocio *consolidado* de la empresa da lugar a colisión entre la *efectividad disuasoria* y la *proporcionalidad* de la sanción, es necesario conocer qué parte del beneficio de la empresa podemos considerar *ilícito*, es decir, atribuible a su acción infractora. La Teoría Económica demuestra que el *beneficio ilícito* ($\Delta\pi$) es el siguiente porcentaje de las ventas afectadas por la infracción (V), antes de la aplicación del IVA y otros impuestos relacionados:

$$\frac{\Delta\pi}{V} = \frac{\kappa[(1 + \eta)(1 + \kappa\xi) + \eta\xi]}{(1 + \eta)(1 + \kappa)(1 + \kappa\xi)}$$

En esta expresión, η es el margen de beneficio bruto sobre el coste unitario de producción *antes de la configuración del cártel*; κ es el sobreprecio atribuible a la cartelización y ξ es la elasticidad de la demanda:

$$\xi > -\frac{1 + \eta}{\kappa + \eta + \kappa\eta}$$

Sobre esa base podemos estimar el beneficio *ilícito* de cada una de las empresas partícipes.

(i) Estimación del parámetro η .

La *Central de Balances del Banco de España* proporciona estadísticas sobre el margen de beneficio bruto de diferentes sectores de la industria española, entre ellos el considerado en este *Expediente*. La serie cubre el periodo 1994-2013. Ahora bien, para poder identificar dicha serie con η es preciso realizar algunas transformaciones. En primer lugar, el *BdE* computa el margen de beneficio sobre el precio, no sobre el coste unitario. No computa $\eta = (P - c)/c$ sino $M = (P - c)/P$. Sin embargo, es sencillo traducir éste en aquél: $\eta = M/(1 - M)$.

En segundo lugar, el *BdE* determina el margen M sin tomar en cuenta la posibilidad de que en el sector esté operando un cártel. Sin embargo, nosotros

sabemos que el sector aquí considerado estuvo afectado por un cártel (el que es objeto de este *Expediente*) desde el año 2008. En principio, y puesto que no hay constancia alguna de contrario, debemos considerar que el cártel no existía con anterioridad a esa fecha. En consecuencia, para estimar η a partir de M procede atribuirle a éste el valor medio de la serie que provee la *Central de Balances del BdE* para el periodo 1994-2007.

En tercer lugar, el *BdE* no proporciona el valor de M para cada una de las empresas, sino para el sector en su conjunto (*Construcción: ingeniería Civil*). No todas las empresas tienen el mismo poder de mercado y cabe esperar que el margen de beneficio individual esté por encima o por debajo de la media sectorial. Ahora bien, la utilización de esa media es apropiada a los efectos que ahora nos ocupan. De acuerdo con lo anterior resulta $\eta = 0'073 = 7'3\%$.

(ii) *Estimación del parámetro κ .*

Ningún organismo oficial posee datos sobre κ . Así pues, a la hora de asignarle un valor la Autoridad de Competencia ha de realizar una *conjetura informada*. En ese sentido, las estimaciones empíricas le otorgan a κ un valor medio $\kappa = 13,78\%$ para una muestra internacional con todo tipo de cárteles (*Vid. M. Boyer y R. Kotchoni, The Econometrics of Cartel Overcharges, Scientific Series, March 2011*). Si la Autoridad de Competencia no posee la información necesaria para estimar de una forma alternativa el sobreprecio impuesto por el cártel sobre el que está resolviendo, resulta adecuado acudir al citado promedio.

Pero en el caso que nos ocupa la *DI* de la extinta *CNC* pudo determinar algunos datos del cártel investigado sobre los que es posible obtener una idea de este sobreprecio específico. En la *Resolución* de 19 de octubre de 2011, el Consejo de la extinta *CNC* dejó constancia de que en ocho de las catorce licitaciones mencionadas, se conocen las bajas de licitación que se hubieran producido en ausencia de colusión vs. las que fueron efectivamente pactadas (*vid. Tabla en la pág. 70 de la Resolución, Folio Provisional 11701, declarado confidencial*). Esa información (ocho datos sobre un universo de quince) provee una base estadística para concluir que, *sin la existencia del cártel, las empresas partícipes hubieran acudido a las licitaciones con bajas de un 27.2% en promedio, pero debido a la colusión esa cifra se redujo al 5.02%. Así pues, un 22% de sobrecoste para el erario.*

En relación con lo expuesto, desde el punto de vista estadístico es muy relevante que la dispersión de los datos alrededor de sus medias resulta notablemente pequeña. También lo es, y mucho, el análisis realizado por el Consejo de la extinta *CNC* sobre datos remitidos por el Ministerio de Fomento en relación con los concursos de conservación, mejora, refuerzo, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas convocados por ese Departamento en el periodo 2007-2009 (*Vid. Págs. 93-94 de su Resolución*).

(iii) *Estimación del parámetro ξ .*

Dados $\eta = 7'3\% = 0'073$ y $\kappa = 22\% = 0.22$, resulta $\xi > -3.4$. Con el fin de compensar cualquier posible sesgo en la estimación de los parámetros que pudiera perjudicar a las empresas partícipes, tomamos $\xi = -3$ (es decir, un valor *muy* favorecedora para aquéllas).

(iv) *Estimación del beneficio ilícito como porcentaje de ingresos afectados.*

De lo expuesto resulta $\Delta\pi/V = 0'072$. Para cada año en el que tiene lugar la infracción el *beneficio ilícito* de cada empresa partícipe equivale al 7'2% de las ventas afectadas. El de la empresa ASCAN asciende a:

$$\Delta\pi = (0'072)(24.647.000\text{€}) = 1.774.584\text{€}$$

Así pues, como resultado de aplicar el % sancionador derivado del Artículo 64 (3.09%) al volumen de negocio **consolidado** en el ejercicio 2010, la multa impuesta (Vid. TABLA 1) resulta ser 2.5 veces el beneficio ilícito derivado de la infracción. Esto es lógico porque concurren todos los elementos necesarios para que tenga lugar esa situación: una empresa multi-producto en la que la actividad afectada por la infracción sólo representa un pequeño porcentaje de su ingreso consolidado (en este caso, alrededor del 15%); un corto periodo de duración de la infracción y una moderada o baja incidencia del cártel sobre el bienestar social, lo que, a partir del Art. 64, da lugar a un porcentaje sancionador fuera del tramo alto del intervalo 0%-10%.

En mi opinión, esa brecha entre la función disuasoria de la sanción y la exigible proporcionalidad al daño efectivamente causado no es asumible con la legislación vigente. La multa no debería sobrepasar el valor del beneficio ilícito, es decir, **1.774.584€**.

(3) En última instancia, y en virtud del principio *reformatio in peius*, no puede superar la cuantía impuesta por el Consejo de la extinta CNC, es decir, **1.218.525€** (un millón doscientos dieciocho mil quinientos veinticinco euros).

Así por este mi Voto Particular Discrepante, lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, a 23 de noviembre de 2015.