

## RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

(Expte. VS/0226/10, LICITACIONES DE CARRETERAS, empresa OBRAS, CAMINOS Y ASFALTOS, S.A.)

### CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

#### Presidente

D. José María Marín Quemada

#### Consejeros

D. Josep María Guinart Solà

D<sup>a</sup>. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

#### Secretario

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 11 de febrero de 2016

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 3 de febrero de 2015 (recurso 3854/2013) por la que se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de octubre de 2013 (recurso 688/2011), dictada como consecuencia del recurso interpuesto por las empresas OBRAS, CAMINOS Y ASFALTOS, S.A. (en adelante OCASA) y SOCIEDAD ANÓNIMA DE BETUNES Y FIRMES (en adelante BETUNES) 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 OCASA y BETUNES:

*“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 (...) OBRAS, CAMINOS Y ASFALTOS, S.A.; (...) SOCIEDAD ANÓNIMA DE BETUNES Y FIRMES (...) consistente en la coordinación de sus comportamientos competitivos para alterar el resultado de las licitaciones públicas de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de*

*firmes y plataformas y, en particular, el importe de las bajas presentadas a dichas licitaciones.*

**SEGUNDO.** *Imponer las siguientes multas a las autoras de la infracción: (...) 5.551.455€ a OBRAS, CAMINOS Y ASFALTOS, S.A.; (...) 100.000€ a SOCIEDAD ANÓNIMA DE BETUNES Y FIRMES;*

*(...)*

**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 OCASA Y BETUNES la citada Resolución contra la que ambas interpusieron recurso contencioso administrativo (688/2011), solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la misma.
3. Mediante Auto de 27 de febrero de 2012, la Audiencia Nacional acordó la suspensión solicitada exclusivamente en cuanto a la multa impuesta, condicionada a la aportación de garantía por importe de 5.551.435 euros para OCASA y de 100.000 euros para su filial BETUNES, que fue declarada suficiente por Providencia de la Audiencia Nacional de 13 de abril de 2012.
4. Mediante Sentencia de 1 de octubre de 2013, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimo el recurso y anulo la Resolución de 19 de octubre de 2011, en lo referente a BETUNES, y estimó parcialmente el recurso interpuesto por OCASA anulando la resolución en lo relativo a la sanción. Contra ella OCASA interpuso recurso de casación (3854/2013).
5. Con fecha 30 de octubre de 2013, siendo firme la citada Sentencia de la Audiencia Nacional en cuanto a BETUNES, la Dirección de Competencia solicitó a la Audiencia Nacional el levantamiento de la garantía en la cuantía correspondiente a los 100.000 euros, como paso previo a la devolución de los gastos derivados de su constitución, publicando la referida Sentencia en la Web de la CNMC el 23 de octubre de 2013.
6. Con fecha 3 de febrero de 2015, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo resolvió el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado y por OCASA frente a la referida sentencia, estimando el recurso interpuesto por la Abogacía, y desestimando el recurso interpuesto por OCASA, manteniendo la estimación parcial del recurso acordada por la Audiencia Nacional en los términos expuestos en los fundamentos jurídicos de la propia sentencia, en lo relativo al importe de la multa, ordenando su recálculo y reconociendo el derecho de la recurrente al abono de los gastos de constitución de garantía hipotecaria en la parte de la sanción que se anula.

7. Mediante Acuerdo del Consejo de la CNC de fecha 19 de julio de 2011, se requirió a OCASA la aportación de información sobre su facturación total consolidada y la de sus filiales, en España, en el ejercicio 2010.
8. OCASA presentó escrito de contestación el 30 de agosto de 2011 (folios 10459 y 10460 del expediente S/0226/10) señalando, entre otros extremos, que su facturación total consolidada y la de sus filiales, en España, en el ejercicio 2010 ascendió a 133.929.000 €.
9. Es interesado: OBRAS, CAMINOS Y ASFALTOS, S.A.
10. El Consejo deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 11 de febrero de 2016.

## FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

### **PRIMERO.- Competencia para resolver.**

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la CNMC compete *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de *“resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”* y según el artículo 14.1.a) del Estatuto orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, *“la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

En consecuencia, 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 el expediente S/0226/10, LICITACIONES DE CARRETERAS, impuso una multa de 5.551.455 € a OCASA. 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 3 de febrero de 2015 en la que se desestima el recurso

presentado por OCASA, y se estima parcialmente el recurso interpuesto por la Abogacía del Estado, 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:

*“3. Procede mantener la estimación parcial, acordada por la Sala de instancia, del recurso contencioso administrativo 688/2011, interpuesto por Obras, Caminos y Asfaltos, S.A. contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 19 de octubre de 2.011 (expediente S/0226/10), en cuando declara la nulidad de la sanción de multa impuesta y ordena a la referida Comisión (actualmente la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia) que la imponga conforme a Derecho. A estos efectos, el cálculo de la multa deberá hacerse por aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 según los términos expuestos en los fundamentos jurídicos de esta sentencia.*

*4. Se reconoce el derecho de la mercantil recurrente al abono de los gastos derivados de la constitución de la garantía hipotecaria en la cuantía correspondiente a la parte de la sanción que se anula, con los intereses legales correspondientes, en los términos indicados en el fundamento de derecho décimo de esta Sentencia.*

*5. Se reconoce a la recurrente el derecho a la publicación de esta sentencia en la página Web de la Comisión Nacional de la Competencia, y a costa de ésta última.*

*(...).”*

### **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 OCASA hay que partir de los hechos acreditados que se imputan a dicha empresa en la Resolución de 19 de octubre de 2011, que han sido corroborados por la Audiencia Nacional y que no se ven afectados por el carácter parcialmente estimatorio de la sentencia del Tribunal Supremo.

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, OCASA (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 Fundamento de Derecho (FD) 6º, se hace constar lo siguiente:

***“OBRAS, CAMINOS Y ASFALTOS, S.A. ha participado en 5 licitaciones (32-AV-2970, 32-S-5580, 32-SO-2940, 32-O-5460 y 32-PO-3720).***

*Su identidad figura en los documentos que acreditan la colusión en las diferentes licitaciones y hay evidencia de su participación en la reunión de 16 de diciembre de 2008 y en el sistema de compensaciones.*

*Por tanto, OCASA debe ser considerada responsable de la infracción por su participación en los acuerdos ilícitos relativos a las licitaciones 32-AV-2970, 32-S-5580, 32-SO-2940, 32-O-5460 y 32-PO-3720 convocadas 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 PROVILSA.
  - 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.

- 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) 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 OCASA, 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 duración</i>	<i>(%)Sanción</i>	<i>Importe básico de la sanción</i>
<b>OCASA</b>	5	42.703.500 €	13%	5.551.455 €

No se apreciaron circunstancias agravantes ni atenuantes.

Cabe además hacer constar que la multa así calculada supuso una multa del **4,15%** de su volumen de negocios total en 2010, ejercicio anterior al de la resolución sancionadora.

### **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 2015<sup>1</sup>, 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.
- 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.

---

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

- 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 la 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 OCASA 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 30 de agosto de 2011 OCASA presentó su facturación total consolidada y la de sus filiales en España, relativa al año 2010, siendo esta de 133.929.000 € (folios 10459 y 10460). El porcentaje sancionador que debe aplicarse a esa cifra 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 el de las licitaciones públicas relativas a 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 españolas<sup>2</sup>, 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 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.”*

---

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

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 OCASA para la determinación de la sanción**

Dentro de los criterios para la individualización del reproche sancionador a OCASA conviene considerar los siguientes.

De acuerdo con la información facilitada por OCASA<sup>3</sup>, 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
<b>OCASA</b>	133.929.000	20.052.000	35.184.000

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 (pág. 122). En el caso de OCASA, la duración se concretó en 18 meses, que se corresponde con la mitad de 2008 y todo 2009.

En consecuencia, la facturación de OCASA en el mercado afectado por la conducta durante la infracción se eleva a 45.210.000 euros (la mitad del volumen de negocio del mercado afectado de 2008 más el de 2009). Dicho importe implica una participación sustancialmente superior a la media del resto de las empresas implicadas en la conducta. Por otro lado, consta acreditada la participación de OCASA en 5 de las licitaciones investigadas (32-AV-2970, 32-S-5580, 32-SO-2940, 32-O-5460 y 32-PO-3720).

Por último, 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*

<sup>3</sup> Folio 10460 del expediente S/0226/10.

*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 OCASA, el volumen de negocios medio anual en el mercado afectado es de un 22,5% del volumen de negocios total de la empresa en 2010, lo que confirma que se trata de una empresa cuya actividad se desarrolla en buena medida 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 determinar el importe de la multa debe ser el 4,4% de su volumen de negocios total en 2010, lo que supondría una sanción de 5.892.876 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 OCASA 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 5.551.455 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 OCASA, 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 5.551.455 euros.

El importe así fijado, como se ha indicado anteriormente, supone un 4,15% del volumen de negocios total de OCASA 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 OBRAS, CAMINOS Y ASFALTOS S.A., en ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de octubre de 2013 (Recurso 688/2011), casada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2015 (recurso 3854/2013), 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 **5.551.455 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.

VOTO PARTICULAR

**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 11 de febrero de 2016, en el marco del Exp. VS/0226/10 LICITACIONES DE CARRETERAS, empresa OBRAS, CAMINOS Y ASFALTOS, S.A (OCASA) y al que se adhiere el Consejero D. 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 **OBRAS, CAMINOS Y ASFALTOS, S.A (OCASA)** –una de las empresas imputadas– con una multa de 5.551.445 euros. La empresa recurrió esa *Resolución* ante la Audiencia Nacional, que por *Sentencia* de 27 de diciembre de 2013 anuló la *Resolución* en lo relativo a la determinación de la multa.

La SAN fue recurrida ante TS quien, por *Sentencia* de 3 de febrero de 2015, ordenó a la CNMC fijar la multa de acuerdo con la interpretación de los Artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, realizada por el Alto Tribunal en su *Sentencia* de 29 de enero de 2015 (RC 2872/2013).

Con fecha 11 de febrero de 2016, esta SALA de COMPETENCIA de la CNMC, en ejecución de la STS, ha procedido al recalcuro de la multa a aplicar a la recurrente, **OBRAS, CAMINOS Y ASFALTOS, S.A (OCASA)**, 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 la orden del TS a la CNMC de que *fije el importe de la sanción de conformidad con la interpretación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia realizada por el Alto Tribunal en su Sentencia de 29 de enero de 2015 (RC 2872/2013)*.

Considero que de la lectura de la *Resolución* aprobada es imposible conocer cuál es el *iter* argumentativo en el que pudiera estar sostenida, es decir, el razonamiento por el que, partiendo de lo dispuesto en «los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia», la mayoría de la SALA ha llegado a concluir que el porcentaje sancionador «debe ser el 4´4%». Enunciados como el siguiente, relativo al volumen de negocio afectado por la infracción, no ayudan a entender el procedimiento:

«Dicho importe implica una participación sustancialmente superior a la media del resto de empresas implicadas en la conducta» (pág.10).

«Participación», ¿en dónde? Se tiene la sospecha de que la participación superior a la media en *algún (pero desconocido) sitio* juega un papel a la hora de determinar el % sancionador. Sin embargo, como no se puede saber el lugar al que se refiere la participación, ni los valores implicados ni –por lo tanto– la media a la que se refiere, tampoco es posible conocer, siquiera por vía de deducción, en qué forma ocurre que estar por encima o por debajo de la media es un determinante del % sancionador y en qué grado.

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 OCASA por su condición de empresa multiproducto.» (Pág11).

Pero entonces, ¿cuál habría sido la adecuada «a la gravedad y otras características de la infracción»? ¿Y por qué esa –misteriosa– sanción que sería adecuada «a la gravedad y otras características de la infracción» penaliza a OCASA «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, 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 hay forma de saberlo.

**SEGUNDO.-** No estoy de acuerdo en que el administrado no pueda saber, a través de la *Resolución*, por qué se le ha impuesto una multa y no otra. Que eso ocurra es el resultado de utilizar una doctrina sancionadora que yo no comparto. La discrepancia doctrinal ha sido expuesta 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 recalcu 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 explicita, 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» (Énfasis añadido).*

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 sobre coste 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 sobre coste presente en las licitaciones aquí consideradas, 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 hayan 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 esa *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 por 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 3 de febrero de 2015 que motiva la presente *Resolución*, al declarar la «nulidad de la resolución recurrida en lo que se refiere al importe de la multa, que ha sido calculado con criterios no ajustados a los términos de la Ley».

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 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 social 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**) y que, en este caso, es la propia empresa recurrente, OCASA.

#### TABLA 1.

*NOTA:* 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*. El volumen de negocio *consolidado* de la empresa OCASA en el año 2010 asciende a 133.929.000€ (Folios 10459 y 10460)

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	
	13.272.000	23.541.000	24.647.000	0,05819	1,0904	3,09	
			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 (OCASA)</i>	<b>20.052.000</b>	<b>35.184.000</b>	<b>45.210.000</b>	<b>0,10673</b>	<b>2,0000</b>	<b>4,00</b>	<b>5.357.206,96</b>
	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	
<b>TOTAL</b>			<b>423.584.816</b>	<b>1,00000</b>			

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 en caso contrario 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** La aplicación del

citado porcentaje al volumen de negocio consolidado de la empresa produce, en el sentido expuesto en el Apartado TERCERO, una multa que deviene desproporcionada a la gravedad de la infracción; **2ª** Existen elementos agravantes o atenuantes de la conducta individual; y **3ª** Dada la naturaleza de la sanción que nos ocupa, la multa no puede ser superior (*reformatio in peius*) a la impuesta por la extinta CNC.

### **QUINTO.- Modificación del porcentaje sancionador de la TABLA 1**

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,  $\eta$  es el margen de beneficio bruto sobre el coste unitario de producción *antes de la configuración del cártel*;  $\kappa$  es el sobreprecio atribuible a la cartelización y  $\xi$  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 $\eta$ .*

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 2000-2015. Ahora bien, para poder identificar dicha serie con  $\eta$  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  $\eta$  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 2000-2007.

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  $\kappa$ .*

Ningún organismo oficial posee datos sobre  $\kappa$ . 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  $\kappa$  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  $\xi$ .*

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 a 7'2% de las ventas afectadas. El de la empresa OCASA asciende a:

$$\Delta\pi = (0'072)(45.210.000\text{€}) = 3.255.120\text{€}$$

Así pues, como resultado de aplicar el % sancionador derivado del Artículo 64 (4%) al volumen de negocio **consolidado** en el ejercicio 2010, la multa impuesta (*Vid. TABLA 1*) resulta ser 1'6 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 en la que la actividad afectada por la infracción sólo representa una parte minoritaria de su ingreso consolidado (en este caso, alrededor del 22%) y un corto periodo de duración de la infracción.

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 (*vid Apartado TERCERO*). Fuera de toda duda la legitimidad de opinar que la vigente legislación en materia de defensa de la competencia puede no ser suficientemente disuasoria. Pero la *CNMC* no tiene potestad para, adelantándose al legislador, suplir esa posible carencia de la Ley con sus propios criterios. Por ello, y sobre la base de las razones expuestas en el citado Apartado TERCERO, considero que la multa no debe sobrepasar el valor del beneficio ilícito, es decir, en el caso que nos ocupa, **3.255.120€**.

No existen elementos atenuantes ni agravantes de la responsabilidad individual de la recurrente y la multa indicada es inferior a la inicialmente fijada por el Consejo de la extinta CNC por lo que no incurre *reformatio in peius*.

*Así por este mi Voto Particular Discrepante, lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, a 11 de febrero de 2016.*