

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

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

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. 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 19 de junio de 2015 (recurso 649/2013) por la que se desestima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de diciembre de 2012 (recurso 656/2011) dictada como consecuencia del recurso interpuesto por la empresa PAVASAL EMPRESA CONSTRUCTORA, S.A. (en adelante PAVASAL) 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 PAVASAL:

“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 (...) PAVASAL EMPRESA CONSTRUCTORA 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: (...) 1.859.885 € a PAVASAL EMPRESA CONSTRUCTORA 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 PAVASAL la citada Resolución contra la que interpuso recurso contencioso administrativo (656/2011), solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la misma.
3. Mediante Auto de 14 de marzo 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 1.859.885 euros, que se declara suficiente por Oficio de la Audiencia Nacional de 26 de abril de 2012.
4. Mediante Sentencia de 27 de diciembre de 2012, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó parcialmente el recurso y anuló la Resolución de 19 de octubre de 2011 en lo relativo a la sanción, que deberá ser reducida a la cantidad que resulte de aplicar los criterios fijados en la resolución recurrida, teniendo en cuenta que sólo consta acreditado que ha intervenido en dos de las cinco licitaciones que se le imputaban. Contra ella se interpuso recurso de casación (649/2013).
5. Con fecha 19 de junio de 2015, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo desestimó los recursos de casación interpuestos por la Abogacía del Estado y por PAVASAL frente a la referida sentencia.
6. Mediante Acuerdo del Consejo de la CNC de fecha 19 de julio de 2011, se requirió a PAVASAL la aportación de información sobre su facturación total consolidada y la de sus filiales, en España, en el ejercicio 2010.
7. PAVASAL presentó escrito de contestación el 2 de septiembre de 2011 (folios 10770 a 10775 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 213.419.429,80 € (folio 10770).
8. Es interesado: PAVASAL EMPRESA CONSTRUCTORA S.A.
9. 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 1.859.885 € a PAVASAL. Dicha empresa interpuso recurso contencioso administrativo contra la misma.

El recurso interpuesto por PAVASAL fue estimado parcialmente por Sentencia de 27 de diciembre de 2012 de la Audiencia Nacional. Mediante Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2015 se desestima el recurso interpuesto por PAVASAL y la Abogacía del Estado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional, quedando esta firme. En dicha Sentencia se dispone:

“ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **PAVASAL EMPRESA CONSTRUCTORA** contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 19 de diciembre de 2011 expediente S/00226/10 licitaciones de carreteras y en consecuencia se anula la resolución recurrida en la parte que acuerda imponer a PAVASAL una multa de 1.859.885 euros que deberá ser reducida a la cantidad que resulte de aplicar los criterios fijados en la resolución recurrida, teniendo en cuenta que sólo consta acreditado que ha intervenido en las licitaciones de 32-A 4240 Alicante, 32-V-5870 Valencia”.

No obstante, será preciso proceder a un recálculo ajustado a los razonamientos jurídicos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, tal y como pone de manifiesto el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de junio de 2015, Fundamento de derecho segundo:

“(...) Esta conclusión sobre la desestimación de la infracción del principio de proporcionalidad, no es óbice para que, teniendo en cuenta el fallo de la sentencia recurrida, que ordena a la Comisión Nacional de la Competencia que proceda a reducir el importe de la sanción de multa, debido al menor alcance de la infracción -al sólo haberse acreditado la comisión de una conducta anticompetitiva por parte de la empresa Pavasal Empresa Constructora, S.A. respecto de dos licitaciones (32-A-4240 Alicante y 32-V-5870 Valencia)-, a que, tal como propugna la parte recurrente en el escrito presentado ante esta Sala jurisdiccional el 23 de abril de 2015, en razón del respeto debido al principio de legalidad sancionadora, consagrado en el artículo 25 de la Constitución, que imponamos a la actual Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a que fije el importe de la sanción de conformidad con la interpretación de los artículos 63 y 64 de la Ley de Defensa de la Competencia, que hemos expuesto en la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 (RC 2872/2013), con los condicionamientos y límites establecidos en dicha resolución judicial (...).”

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 PAVASAL hay que partir de los hechos que la Audiencia Nacional y el Supremo han considerado acreditados de los que se imputan a dicha empresa en la Resolución de 19 de octubre de 2011.

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, PAVASAL (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 quinto (FD 5º) de la sentencia de la Audiencia Nacional:

“(...) Por lo tanto en lo que respecta a PAVASAL la resolución le imputa haber participado en la coordinación en 5 de las 14 subastas a las que se refiere la

resolución: subasta 32-A-4240 (Alicante), 32-V-5870 (Valencia), 32-MU-5630 (Murcia), 32-AB-4420 (Albacete) y 32-LE-4000 (León), considerando esta Sala que solo consta acreditado que ha participado en 2 de las 14 subastas: 32-A 4240 Alicante, 32-V-5870 Valencia (...).”

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.
 - 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) 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 PAVASAL, 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>
PAVASAL	5	14.306.809 €	13%	1.859.885 €

No se apreciaron circunstancias agravantes ni atenuantes.

Cabe además hacer constar que la multa así calculada supuso una multa del **0,87%** 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 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,*

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

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.
- 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 PAVASAL 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 la imposición de la multa (art. 63.1.c), esto es, 2010.

Como se ha mencionado, consta en el expediente que el 2 de septiembre de 2011, PAVASAL presentó su facturación total consolidada y la de sus filiales en España, relativa al año 2010, siendo esta 213.419.429,80 € (folio 10770). 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 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 adjudicatario 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, 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.

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

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

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

De acuerdo con la información facilitada por PAVASAL (folio 10770), 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
PAVASAL	213.419.429 €	4.972.731 €	12.442.035 €

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 PAVASAL, la duración se concretó en 13 meses³, que se corresponde con todo 2009 y un doceavo de 2008.

En consecuencia, la facturación de PAVASAL en el mercado afectado por la conducta ponderado por la duración de la infracción se eleva a 12.752.830 € (la doceava parte del volumen de negocio del mercado afectado de 2008 más el de 2009). Dicho importe supone una participación superior a la media del resto de empresas implicadas en la conducta.

Por otro lado, debe considerarse acreditada la participación de PAVASAL en dos de las licitaciones investigadas siguientes: 32-A 4240 Alicante, 32-V-5870 Valencia (en lugar de las cinco en cuya participación consideró la resolución inicial acreditación suficiente).

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 o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados”*.

³ Tanto la duración de la conducta como la facturación de PAVASAL en el mercado afectado, así como el importe de la multa, correspondiente a esta empresa y su porcentaje sobre el volumen de negocios total 2010, han sido rectificadas mediante acuerdo de rectificación de errores de 10 de marzo de 2016.

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 PAVASAL, el volumen de negocios medio anual en el mercado afectado es un 4,7% 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 determinar el importe de la multa debe ser el 0,90% de su volumen de negocios total en 2010, lo que supondría una sanción de 1.920.775 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 PAVASAL por su condición de empresa multiproducto, de acuerdo con la citada sentencia del Tribunal Supremo.

3.5. Prohibición de la *reformatio in peius*.

La multa antes calculada (1.920.775 €) resulta superior a la inicialmente impuesta (1.859.885 €). No obstante, no parece tampoco amoldarse a las exigencias derivadas de las sentencias que se ejecutan mantener el importe de la multa inicial. De acuerdo con el pronunciamiento de la Audiencia Nacional, la multa no podría ser tampoco superior al importe que resulte de tomar en consideración la participación de PAVASAL en dos de las licitaciones, de acuerdo con el método aplicado en la Resolución de 19 de octubre de 2011.

Tal y como se ha señalado, la Resolución de 19 de octubre de 2011 (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. Habiendo por tanto quedado acreditada la participación de PAVASAL en 2 de las 5 licitaciones investigadas, cabría cifrar el importe de la multa adaptado a los pronunciamientos de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo, así como a la prohibición de la *reformatio in peius*, una multa cifrada en un 7% (en lugar de un 13%) sobre el volumen de negocios en el mercado afectado ponderado por la duración fijado en la resolución de 2011 para el caso de PAVASAL (12.752.830 €), lo que asciende a un importe de **892.698 €**

Esta multa supone un **0,42%** sobre el volumen de negocios total de la empresa 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 PAVASAL EMPRESA CONSTRUCTORA, S.A., en ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de diciembre de 2012 (Recurso 656/2011), confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2015 (recurso 649/2013), 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 **892.698 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.