

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

(Expte. VS/0226/10, LICITACIONES DE CARRETERAS, empresa PROBISA TECNOLOGÍA Y CONSTRUCCIÓN S.L.)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D. Josep María 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 7 de julio 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 15 de febrero de 2016 (recurso 3853/2013) por la que se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de octubre de 2013 (recurso 687/2011) dictada como consecuencia del recurso interpuesto por las empresas PROBISA TECNOLOGÍA Y CONSTRUCCIÓN, S.A. (en adelante PROBISA), TRABAJOS BITUMINOSOS, S.L. (en adelante TRABIT), y OVISA PAVIMENTOS Y OBRAS, S.L. (en adelante OVISA) 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 PROBISA, TRABIT Y OVISA:

“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 (...) OVISA PAVIMENTOS Y OBRAS, S.L.; (...); PROBISA TECNOLOGIA Y CONSTRUCCION, S.L. (anteriormente denominada PROBISA

TECNOLOGIA Y CONSTRUCCION, S.A.); (...) TRABAJOS BITUMINOSOS, S.L. (anteriormente denominada TRABAJOS BITUMINOSOS, 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: (...) 100.000€ a OVISA PAVIMENTOS Y OBRAS, S.L.; (...) 954.200€ a PROBISA TECNOLOGIA Y CONSTRUCCION, S.L. (anteriormente denominada PROBISA TECNOLOGIA Y CONSTRUCCION, S.A.); (...) 503.100€ a TRABAJOS BITUMINOSOS, S.L. (anteriormente denominada TRABAJOS BITUMINOSOS, 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 les fue notificada a OVISA, PROBISA y TRABIT la citada Resolución contra la que todas interpusieron recurso contencioso administrativo (687/2011), solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la misma.
3. Mediante Auto de 5 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 954.200 € para PROBISA, 503.100 € para TRABIT y de 100.000 € para OVISA, garantía que se declara suficiente por Oficio de la Audiencia Nacional de 11 de mayo de 2012.
4. Mediante Sentencia de 7 de octubre de 2013, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) desestimó el recurso (687/2011) interpuesto por PROBISA, TRABIT y OVISA contra la Resolución de 19 de octubre de 2011. Contra ella interpusieron recurso de casación (3853/2013).
5. Con fecha 15 de febrero de 2016, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo resolvió el recurso de casación interpuesto por PROBISA, TRABIT y OVISA frente a la referida sentencia, inadmitiéndolo respecto de TRABIT y OVISA por cuantía, al ser inferior la multa que les fuera impuesta a 600.000 €, y estimando parcialmente el recurso interpuesto por PROBISA frente a la Sentencia de 7 de octubre de 2013, en el único extremo relativo al importe de la multa, ordenando su recálculo.
6. Mediante Acuerdo del Consejo de la CNC de fecha 19 de julio de 2011, se requirió a PROBISA la aportación de información sobre su facturación total consolidada y la de sus filiales, en España, en el ejercicio 2010.

7. PROBISA presentó escrito de contestación el 1 de agosto de 2011 (folio 5638) señalando, entre otros extremos, que su volumen total de negocios en España, en el ejercicio 2010 ascendió a 113.840.000 €.
8. Es interesado: PROBISA TECNOLOGÍA Y CONSTRUCCIÓN, S.L.
9. El Consejo deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 7 de julio 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, PROBISA, TRABIT y OVISA interpusieron recurso de contencioso administrativo contra la resolución de la CNC de 19 de octubre de 2011, dictada en expediente S/0226/10. La Audiencia Nacional mediante sentencia de 7 de octubre de 2013, desestimó el recurso para todas ellas, contra la cual interpusieron recurso de casación. Sin embargo el Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso interpuesto por PROBISA, inadmitiendo a su vez los recursos de TRABIT y OVISA por cuantía. Respecto de estas dos últimas empresas, pues, cobra plena firmeza la sentencia de la Audiencia Nacional dictada. Por el contrario, en el caso de PROBISA, el pronunciamiento del Tribunal Supremo impone dictar la presente resolución recalculando el importe de la multa, en ejecución de dicha sentencia.

En dicha Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2016 se casa la Sentencia de la Audiencia Nacional y se estima parcialmente únicamente el recurso presentado por PROBISA, anulando la multa y ordenando su recálculo según los criterios expuestos en su fundamentación jurídica. La parte dispositiva de la Sentencia del Tribunal Supremo dispone, en particular:

“Tercero.- Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil PROBISA, TECNOLOGÍA Y CONSTRUCCIÓN, 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/0226/10, licitaciones de carreteras, que le impuso la sanción de 954.200 €, por 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 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 PROBISA 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, PROBISA (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:

“PROBISA TECNOLOGIA Y CONSTRUCCION, S.L. (anteriormente denominada PROBISA TECNOLOGIA Y CONSTRUCCION, S.A.) ha participado en 8 licitaciones (32- AB-4420, 32-MU-5630, 32-S-5580, 32-SO-2940, 32-H-3800, 32-LE-4000, 32-O-5360 y 32- O-5460) en las que se ha acreditado la existencia de colusión. Su identidad figura en algunos

documentos que acreditan la colusión en estas licitaciones y revelan su participación en la reunión de 16 de diciembre de 2008 (HP 4, 5 y 6.2).

Por tanto, PROBISA TECNOLOGIA Y CONSTRUCCION, S.L. debe ser considerada responsable de la infracción por su participación en los acuerdos ilícitos relativos a las licitaciones 32-AB-4420, 32-MU-5630, 32-S-5580, 32-SO-2940, 32-H-3800, 32-LE-4000, 32-O-5360 y 32-O-5460 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 acordadas en la reunión de 16 de diciembre de 2008.
 - 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 PROBISA, 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>
PROBISA	8	5.022.125 €	19%	954.200 €

No se apreciaron circunstancias agravantes ni atenuantes.

La multa así calculada supuso para PROBISA una multa del 0,84% 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,*

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

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 concurren 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 PROBISA 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 agosto de 2011 PROBISA presentó su facturación en España, relativa al año 2010, siendo esta de 113.840.000 € (folio 5638). 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 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 7^o):

“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 PROBISA para la determinación de la sanción

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

De acuerdo con la información facilitada por PROBISA, su volumen de negocios total (VNT) y en el mercado afectado (VNMA)³ durante la infracción son los que se recogen en la tabla siguiente:

	VNT en 2010	VNMA en 2008	VNMA en 2009
PROBISA	113.840.000 €	1.371.000 €	4.508.000 €

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 PROBISA, la duración se concretó en 18 meses, que se corresponde con la mitad de 2008 y todo 2009.

En consecuencia, la facturación de PROBISA en el mercado afectado por la conducta durante la infracción se eleva a 5.193.500 € (la mitad del volumen de negocio en el mercado afectado en 2008 más todo el volumen de negocio del mercado afectado en 2009).

Por otro lado, la resolución original (extremo que las sentencias no objetan) toma en consideración el número de licitaciones en las que la empresa participó como criterio de graduación de la sanción. En este caso, consta acreditada la participación de PROBISA en 8 licitaciones.

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”*.

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 PROBISA, el volumen de negocios en el mercado afectado es de un 3,0% 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

³ Folio 4046 del Expediente principal y 5634 del expediente de referencia VS/0226/10

de los afectados por la infracción. Para valorar la proporcionalidad es necesario realizar una estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta bajo supuestos muy prudentes⁴. De acuerdo con lo mencionado en este párrafo, y con todo lo señalado anteriormente, esta Sala considera que el tipo sancionador que debe determinar el importe de la multa debe ser el 0,80% de su volumen de negocios total en 2010, lo que supondría una sanción de 910.720 euros. Esta sanción, resultado de considerar un tipo sancionador más reducido de lo que sería en principio adecuado a la gravedad y otras características de la infracción, se considera proporcionada con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva y no penaliza por tanto a PROBISA por su condición de empresa multiproducto, de acuerdo con la citada sentencia del Tribunal Supremo.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Imponer a PROBISA TECNOLOGÍA Y CONSTRUCCIÓN, S.L., en ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2016 (recurso 3853/2013), que casa la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de octubre de 2013 (Recurso 687/2011), 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 **910.720 euros**.

⁴ Estos supuestos muy prudentes se refieren a diversos parámetros económicos, entre otros el margen de beneficio en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad precio de la demanda en el mercado relevante. Cuando es posible, los supuestos que se han asumido se basan en bases de datos públicas referidas al mercado relevante, como los *Ratios sectoriales de las sociedades no financieras* del Banco de España. Cuando no es posible tener datos específicos, los supuestos se basan en estimaciones de la literatura económica especializada.



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

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 7 de julio de 2016, en el marco del Exp. VS/0226/10 LICITACIONES DE CARRETERAS, empresa PROBISA TECNOLOGÍA Y CONSTRUCCIÓN S.L., y al que se adhiere el lltre. 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 resolvió sancionar a las mercantiles OVISA PAVIMENTOS Y OBRAS, S.L. (OVISA), PROBISA TECNOLOGIA Y CONSTRUCCION, S.L. (PROBISA) y TRABAJOS BITUMINOSOS, S.L. (TRABIT) con multas de 100.000€, 954.200€ y 503.100€, respectivamente. Las sancionadas recurrieron la *Resolución* ante la AN, quien por *Sentencia* de 7 de octubre de 2013 resolvió «DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de las entidades OVISA PAVIMENTOS Y OBRAS, S.L., PROBISA TECNOLOGIA Y CONSTRUCCIÓN, S.L. Y TRABAJOS BITUMINOSOS, S.L [...] y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada»

La SAN fue recurrida ante el TS, quien por *Sentencia* de 15 de febrero de 2016 inadmitió el recurso «en lo que concierne a las sanciones impuestas a TRABIT y OVISA» pero lo admitió en lo concerniente a PROBISA, anulando la multa de 954.200€ impuesta en la *Resolución* de la CNC, y ordenando a la CNMC que «cuantifique la sanción pecuniaria conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007» y de acuerdo a la interpretación ofrecida por el Alto Tribunal en –por todas– su *Sentencia* de 29 de enero de 2015, RC 2872/2013, lo que «implica la improcedencia de acometerlo con arreglo a la Comunicación sobre el cálculo de sanciones de la CNC, de 6 de febrero de 2009».

Con fecha 7 de julio de 2016, esta SALA de COMPETENCIA de la CNMC, con objeto de ejecutar la mencionada STS, ha procedido al recalcuro de la multa aplicable a la recurrente PROBISA TECNOLOGÍA Y CONSTRUCCIÓN S.L., 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 lo tan repetidamente ordenado por el TS, a saber: que la CNMC imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación **debidamente motivados** de conformidad con la interpretación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 ofrecida por el propio Tribunal.

En el caso que nos ocupa es **imposible** conocer 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 «*debe ser el 0'80%*». De lo expuesto en la *Resolución **no hay posibilidad alguna*** de saber de dónde ha salido ese número.

Enunciados como el siguiente añaden un elemento de incongruencia a esa imposibilidad primigenia: «*Esta sanción, resultado de considerar un tipo sancionador más reducido de lo que sería en principio adecuado a la gravedad y otras características de la infracción, se considera proporcionada con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva y no penaliza por tanto a PROBISA por su condición de empresa multiproducto*» (Pág. 11).

En efecto: ¿Cuál es el tipo sancionador «*en principio adecuado a la gravedad y otras características de la infracción*»? ¿Y por qué ese **misterioso** tipo sancionador que al parecer es el adecuado «*a la gravedad y otras características de la infracción*» no ha podido ser aplicado? ¿Y por qué el aplicado «*se considera [sic] proporcionado con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva*»... a pesar de no ser el «*adecuado a la gravedad y otras características de la infracción*»? No hay forma de saberlo.

Tampoco es posible saber en qué está fundamentado lo siguiente: La *Resolución* afirma que la sanción impuesta «*no penaliza por tanto [¿?] a PROBISA por su condición de empresa multiproducto*» (Págs. 10-11). ¿Y eso, **por qué?** ¿Cómo puede saberse tal cosa sin conocer **(i)** el beneficio ilícito y **(ii)** con qué criterio de disuasión vs. proporcionalidad está construida la *Resolución*? No se puede.

En relación con ello, los miembros de la SALA con cuyos votos ha sido aprobada la *Resolución* afirman disponer de un método para realizar la «*estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría [sic] haber obtenido de la conducta*» (Vid. Pág. 11). Sin embargo, aunque en repetidas ocasiones he pedido conocerlo, continúo sin disponer de esa información. La *Resolución **ni siquiera*** proporciona el monto del beneficio ilícito que la CNMC atribuye a la imputada. En consecuencia es imposible saber en qué se basa la mayoría de la SALA para afirmar que la sanción impuesta «*no penaliza por tanto [¿?] a PROBISA por su condición de empresa multiproducto*».

Nadie –ni el administrado, ni sus representantes, ni siquiera yo (que formo parte de esta SALA)– puede encontrar un sentido a ese enunciado cuando no sabe **(i)** cómo se obtiene y **cuál es** el beneficio ilícito, y **(ii)** con qué criterio de disuasión vs. proporcionalidad está construida la *Resolución*.

SEGUNDO.- No estoy de acuerdo en que el administrado no pueda conocer, a través de la propia *Resolución*, por qué se le ha impuesto una multa específica y no otra cualquiera. En mi opinión, y como trataré de exponer más adelante, en el caso de los cárteles es posible resolver de forma que el administrado pueda conocer esos extremos. No me refiero a detallar en la *Resolución* todos los cálculos aritméticos que dan lugar a las multas, pues eso no tiene razón de ser ni hace falta para nada. Me refiero a la necesidad de mostrar a los administrados el *iter argumentativo*, pues tanto ellos como sus representantes legales tienen derecho a conocer el cuánto y **el porqué** de la multa que se les impone.

Que no ocurra así es el resultado de utilizar una doctrina sancionadora que **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**.

TERCERO.- PROPUESTA ALTERNATIVA PARA LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA QUE NOS OCUPA.

(1) 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 **total/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 *total/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.

La posibilidad de conflicto obedece a que mientras en el caso de las empresas unisectoriales (o simplemente uni-producto) el volumen de negocios *total/consolidado coincide en cada ejercicio con el afectado por la infracción*, en el caso de las multisectoriales (o multi-producto) el primero es superior al segundo y en ocasiones por mucha diferencia. Puede ocurrir, pues, y particularmente cuando la duración de la infracción es corta, 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»** [énfasis añadido].*

Lo anterior no supone que la sanción *pecuniaria* deba necesariamente 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 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 *total/consolidado* de las empresas, ha de resolverse teniendo como referente el *beneficio ilícito* derivado de la acción infractora.

(2) Cuantificación Preliminar de la sanción

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:

(A) 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 en segunda y posteriores rondas de escasa cuantía. 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 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.

(B) 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* procedió a ponderar el volumen de negocio afectado por la infracción con los pesos asignados en la *Comunicación sobre Sanciones* (es decir, 1 para el volumen de negocios afectado del último año en el que se produjo la infracción, 0.75 para el penúltimo, 0.50 para el antepenúltimo, etc.) De esa manera determinó el ingreso afectado por la infracción (*vid.* Cuarta Columna de la Tabla que aparece en la página 123 de la *Resolución* de la *CNC*, *Folio provisional 11754*).

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, como nos recuerda la propia *STS* que motiva la presente *Resolución*. Por ello, el *Volumen de Negocios Afectado por la Infracción* que aparece en la **Columna 2** de la *Tabla 1* no incorpora esa 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 social producido por el conjunto del cártel (**Columna 3**), que a su vez sirve para fijar el porcentaje sancionador de cada partícipe (**Columna 5**) 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 4**).

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 total de la empresa *PROBISA* en el año 2010 asciende a 113.840.000 € (*folio 5636*).

EMPRESAS PARTICIPANTES EN EL CARTEL	<i>Volumen de negocio afectado por la infracción</i>	<i>Cuota de Responsabilidad Individual</i>	<i>Asignación proporcional de 2 puntos porcentuales de acuerdo a la cuota de responsabilidad individual</i>	<i>Porcentaje sancionador (%)</i>	<i>(% sancionador aplicado al volumen de negocio consolidado en 2010)</i>
	11.131	0,00003	0,0005	2,00	
	16.740.500	0,03952	0,7406	2,74	
	6.147.349	0,01451	0,2720	2,27	
	24.647.000	0,05819	1,0904	3,09	
	15.000.000	0,03541	0,6636	2,66	
	8.717.251	0,02058	0,3856	2,39	
	285.717	0,00067	0,0126	2,01	
	23.067.851	0,05446	1,0205	3,02	
	4.984.313	0,01177	0,2205	2,22	
	257.674	0,00061	0,0114	2,01	
	1.117.689	0,00264	0,0494	2,05	
	259.633	0,00061	0,0115	2,01	
	3.054.744	0,00721	0,1351	2,14	
	2.818.713	0,00665	0,1247	2,12	
	1.321.907	0,00312	0,0585	2,06	
	5.608.969	0,01324	0,2481	2,25	
	27.747.000	0,06551	1,2275	3,23	
	4.749.379	0,01121	0,2101	2,21	
	8.308.941	0,01962	0,3676	2,37	
	2.715.911	0,00641	0,1201	2,12	
	8.243.162	0,01946	0,3647	2,36	
	21.444.597	0,05063	0,9487	2,95	
	6.874.750	0,01623	0,3041	2,30	
	6.837.291	0,01614	0,3025	2,30	
	510.340	0,00120	0,0226	2,02	
	1.790.613	0,00423	0,0792	2,08	
	3.752.846	0,00886	0,1660	2,17	
	29.727.612	0,07018	1,3151	3,32	
	6.250.575	0,01476	0,2765	2,28	
	9.347.943	0,02207	0,4135	2,41	
Empresa con la mayor cuota de responsabilidad individual	45.210.000	0,10673	2,0000	4,00	
	3.987.525	0,00941	0,1764	2,18	
	3.331.667	0,00787	0,1474	2,15	
	13.047.474	0,03080	0,5772	2,58	
	14.928.400	0,03524	0,6604	2,66	
	13.609.784	0,03213	0,6021	2,60	
	15.856.937	0,03744	0,7015	2,70	
PROBISA	5.193.500	0,01226	0,2298	2,23	2.538.352,05
	6.938.698	0,01638	0,3070	2,31	
	10.664.933	0,02518	0,4718	2,47	
	18.310.140	0,04323	0,8100	2,81	
	12.965.930	0,03061	0,5736	2,57	
	5.599.000	0,01322	0,2477	2,25	
	1.599.430	0,00378	0,0708	2,07	
TOTAL	423.584.816	1,00000			

En mi opinión, no procede modificar la referida 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. **Sí** cabe modificarla, en cambio, cuando se da alguna de las siguientes circunstancias: **1ª** Existen elementos agravantes o atenuantes de la conducta individual de la empresa sancionada; **2ª** La aplicación del citado porcentaje al volumen de negocios *total/consolidado* de la empresa produce, *en el sentido expuesto en el Apartado (1)*, una multa que deviene desproporcionada a la gravedad de la infracción.

(3) Necesidad (o ausencia de ella) de modificar la sanción preliminar de la TABLA 1

En el *Expediente* no constan elementos que puedan ser considerados como agravantes o atenuantes de la conducta infractora de la empresa *MISTURAS*. En consecuencia, ninguna modificación de la sanción se sigue de esos elementos. Y para comprobar si la aplicación de porcentaje sancionador de la *Tabla 1* al volumen de negocio *total* de la empresa en el año 2010 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. Pues bien, 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). Esa información –ocho datos sobre un universo de quince– provee 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 eso es muy relevante desde el punto de vista estadístico que la dispersión de los datos alrededor de sus medias es notablemente pequeña. También es relevante, 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 firmas 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 *PROBISA* asciende a:

$$\Delta\pi = (0'072)(5.193.500\text{€}) = 373.932\text{€}$$

Así pues, como resultado de aplicar el % sancionador derivado del Artículo 64 (2'23%) al volumen de negocio **total/consolidado** en el ejercicio 2010, la multa impuesta (Vid. TABLA 1) resulta ser 6'8 veces el beneficio ilícito derivado de la infracción. Ello no es consecuencia del % sancionador, que simplemente refleja la gravedad de la infracción en aplicación del Art. 64, sino del hecho de aplicar ese porcentaje al volumen de ingreso *total* de la empresa, que es muy alto en relación al volumen de ingreso *afectado* por la infracción.

Pues bien, en mi opinión esa brecha entre la función disuasoria de la sanción y la exigible proporcionalidad a la gravedad de la infracción no es aceptable **con la legislación actual**. Está fuera de toda duda la legitimidad de opinar que nuestra legislación en materia de defensa de la competencia quizá no es suficientemente disuasoria. Pero la *CNMC* no tiene potestad para, **adelantándose al legislador**, suplir esa posible carencia de la Ley con sus propios criterios. «*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*» (SST de 29 de enero de 2015, ya citada, y posteriores). Mientras el legislador no establezca por sí mismo en *cuantas veces el beneficio ilícito* queda fijado el *límite disuasorio de las sanciones* en esta materia, ese límite lo establece, por aplicación de la jurisprudencia emanada del TS, el beneficio ilícito [Vid. Apartado *TERCERO (1)*]. Es decir, procede sancionar a la imputada con una multa de **373.932 euros**.

Así por este mi Voto Particular Discrepante, lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, a 7 de julio de 2016.