

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

(Expte. VS/0226/10, LICITACIONES DE CARRETERAS, empresa MISTURAS OBRAS E PROXECTOS, S.A.)

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 marzo de 2016 (recurso 1571/2013) por la que se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de marzo de 2013 (recurso 566/2011) dictada como consecuencia del recurso interpuesto por la empresa. MISTURAS OBRAS E PROXECTOS, S.A. (en adelante MISTURAS) 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 MISTURAS:

“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 (...) MISTURAS OBRAS E PROXECTOS, 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: (...) 1.601.900€ a MISTURAS OBRAS E PROXECTOS, 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 MISTURAS la citada Resolución contra la que interpuso recurso contencioso administrativo (566/2011), solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la misma.
3. Mediante Auto de 22 de diciembre de 2011, la Audiencia Nacional acordó la suspensión solicitada exclusivamente en cuanto a la multa impuesta, condicionada a la aportación de garantía por importe de 1.601.900 euros, que fue declarado suficiente por Providencia de 13 de junio de 2012.
4. Mediante Sentencia de 5 de marzo de 2013, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó parcialmente el recurso interpuesto (566/2011) por MISTURAS contra la Resolución de 19 de octubre de 2011, anulando ésta *“en la parte que acuerda imponer a MISTURAS OBRAS E PROXECTOS SA una multa de 1.601.900 euros que deberá ser reducida en un 7%”*. Contra ella MISTURAS interpuso recurso de casación (1571/2013).
5. Con fecha 6 de noviembre de 2014, en ejecución provisional de la anterior Sentencia de la Audiencia Nacional, la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), impuso a MISTURAS una multa de 1.186.593 euros, *“cantidad resultante de aplicar un tipo del 20% al volumen de negocios obtenido en el mercado afectado reduciendo en 7 puntos el porcentaje aplicado en la Resolución de 19 de octubre de 2011 (27%) para calcular la sanción inicial impuesta (1.601.900 euros)”*.
6. Contra dicha Resolución de ejecución de sentencia MISTURAS planteó incidente de ejecución (18/2015), en el marco del cual la Audiencia Nacional, por Auto de 1 de abril de 2015, estimó y anuló la Resolución de 6 de noviembre de 2014 dictada en ejecución de la Sentencia de 5 de marzo de 2013.
7. Con fecha 15 de marzo de 2016, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto por MISTURAS frente a la Sentencia de 5 de marzo de 2013, en el único extremo relativo al importe de la multa, ordenando su recálculo.
8. Mediante Acuerdo del Consejo de la CNC de fecha 19 de julio de 2011, se requirió a MISTURAS la aportación de información sobre su facturación total consolidada y la de sus filiales, en España, en el ejercicio 2010.

9. MISTURAS presentó escrito de contestación el 12 de agosto de 2011 (folio 5643) señalando, entre otros extremos, que su volumen total de negocios en España, en el ejercicio 2010 ascendió a 22.418.792,41 €
10. Es interesado: MISTURAS OBRAS E PROXECTOS, S.A.
11. 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, la resolución de la CNC de 19 de octubre de 2011, dictada en expediente S/0226/10, LICITACIONES DE CARRETERAS, impuso una multa de 1.601.900 € a MISTURAS. Dicha empresa interpuso recurso contencioso administrativo contra la misma.

El recurso interpuesto fue inicialmente estimado en parte por la Audiencia Nacional. Mediante Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2016 se casa la Sentencia de la Audiencia Nacional y se estima parcialmente el recurso interpuesto por MISTURAS 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:

“SEGUNDO.- Estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la sociedad "Misturas Obras e Proxectos SA" ("Misturas") contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de diciembre de 2011 (expediente S/0026/2010 licitaciones de carreteras) ordenándose a la Comisión Nacional de la Competencia -ahora Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia- que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, con la indicación de que el cálculo de la sanción no procede realizarlo con arreglo a las pautas establecidas en la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de febrero de 2009 sino que debe hacerse de conformidad con la interpretación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 que hemos hecho en esta sentencia, siendo límite máximo del importe de la multa el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa en el año 2010; y sin que en ningún caso pueda resultar un importe superior a la sanción que quedó establecida en la sentencia de instancia (1.601.900€ menos el 7%).”

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 MISTURAS 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, MISTURAS (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:

“MISTURAS OBRAS E PROXECTOS, S.A. ha participado en 12 licitaciones (32-A-4240, 32-AB-4420, 32-AV-2970, 32-MU-5630, 32-S-5580, 32-SO-2940, 32-V-5870, 32-CC-3190, 32-LE-4000, 32-O-5460, 32-PO-3720 y 4.1-BU-29) en las que se ha acreditado la existencia de colusión. Su identidad figura en todos los documentos que acreditan la colusión en las diferentes licitaciones en que participa y que revelan su

presencia en las dos reuniones acreditadas. Su contabilidad refleja varias de las compensaciones realizadas en el marco de dicha colusión, tal y como se detalla en los HP 4, 6.1 y 6.2.

Por tanto, MISTURAS OBRAS E PROXECTOS, S.A. debe ser considerada responsable de la infracción por su participación en los acuerdos ilícitos relativos, al menos, a 12 de las 14 licitaciones.”

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 MISTURAS, 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>
MISTURAS	12	5.932.971 €	27%	1.601.900 €

No se apreciaron circunstancias agravantes ni atenuantes.

La multa así calculada supuso para MISTURAS una multa del 7,15% de su volumen de negocios total en 2010, ejercicio anterior al de la resolución.

3.2. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo.

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

- Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. La Sala señala que dichos límites “*constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje*” y continúa exponiendo que “*se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora*

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

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 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 resolución 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 MISTURAS 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 12 de agosto de 2011 MISTURAS presentó su facturación en España, relativa al año 2010, siendo esta de 22.418.792,41 € (folio 5643). 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 MISTURAS para la determinación de la sanción.

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

De acuerdo con la información facilitada por MISTURAS, 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
MISTURAS	22.418.792,41 €	2.540.831 € (folio 5640)	4.980.159 €

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

En consecuencia, la facturación de MISTURAS en el mercado afectado por la conducta durante la infracción se eleva a 6.250.574 € (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 MISTURAS en 12 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. 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 prudentes³. Sin embargo, no ha sido necesario en el presente expediente realizar ningún ajuste de proporcionalidad, ya que la sanción a la empresa se encuentra por debajo de lo que podría considerarse el límite de proporcionalidad según las características de las empresas y la dimensión de la infracción.

Asimismo es necesario tener en cuenta que en el Fundamento Tercero de su sentencia de 15 de marzo de 2016, en relación al proceso de cuantificación de la nueva sanción a imponer a MISTURAS, el Alto Tribunal establece que *“La estimación de este motivo, con la consiguiente anulación de la sanción ordenando que se recalcule hace innecesario entrar a considerar el resto de los motivos de casación referidos a la graduación de la sanción y la incongruencia interna de la sentencia al haber estimado que el importe básico debería haberse realizado sobre el 20% del volumen de negocios afectado por la conducta y, sin embargo, ordenar en su parte dispositiva que el importe de la sanción se reduzca el 7%”*.

Cabe además señalar que la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC en su Resolución de 6 de noviembre de 2014, procedió a ejecutar provisionalmente la sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de marzo de 2013, imponiendo a MISTURAS una sanción por importe de 1.186.593 euros, cantidad resultante de aplicar un tipo del 20 % al volumen de negocios obtenido en el mercado afectado por MISTURAS, reduciendo en 7 puntos el porcentaje aplicado en la Resolución de 19 de octubre de 2011 (27 %) para fijar la sanción inicial impuesta (1.601.900 euros), de acuerdo con lo dictado en dicha sentencia. 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 MISTURAS, el importe de la multa ahora fijado no puede superar el impuesto en la citada Resolución de 6 de noviembre.

Al respecto de esta última afirmación cabe señalar que, si bien la mencionada resolución de 6 de noviembre de 2014 fue anulada por la Audiencia Nacional, lo cierto es que la misma vino a recoger el importe de la multa resultante del tenor de la sentencia de la AN, que no fue recurrida por la administración demandada. Siendo así, la sentencia del Tribunal Supremo que ahora se ejecuta no pudo agravar la multa resultante de dicha sentencia. En consecuencia, el importe de la multa que ahora se fije no podrá superar la suma de 1.186.593 €.

De acuerdo con los criterios de individualización señalados, esta Sala considera que el tipo sancionador en el que debería quedar fijado el importe de la multa es del 4,30 % de su volumen de negocios total en 2010, lo que supondría una sanción de **964.008 euros**.

³ 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.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Imponer a MISTURAS OBRAS E PROXECTOS, S.A., en ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2016 (recurso 1571/2013), que casa la sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de marzo de 2013 (Recurso 566/2011), 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 **964.008 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 7 de julio de 2016, en el marco del Exp. VS/0226/10 LICITACIONES DE CARRETERAS, empresa MISTURAS OBRAS E PROXECTOS, S.A, y al que se adhiere el lltre. Consejero 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 MISTURAS OBRAS E PROXECTOS, S.A, una de las empresas imputadas, con una multa de 1.601.900 euros. La empresa recurrió la citada *Resolución* ante la Audiencia Nacional, quien por *Sentencia* de 5 de marzo de 2013 anuló la *Resolución* «en la parte que acuerda imponer a MISTURAS OBRAS E PROXECTOS SA una multa de 1.601.900 euros que deberá ser reducida en un 7%»

La SAN fue recurrida ante TS, quien por *Sentencia* de 15 de marzo de 2016 anuló la *Resolución* de la CNC en lo referente a la multa impuesta a la recurrente, y «ordenando a la CNMC que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, con la indicación de que el cálculo de la sanción no procede realizarlo con arreglo a las pautas establecidas en la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de febrero de 2009 sino que debe hacerse de conformidad con la interpretación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 [realizada por Alto Tribunal en su] *sentencia* de 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013), reiterada en diversas ocasiones, entre otras, las *sentencias* de 30 de enero de 2015 dictadas en los recursos de casación 1580/2013 y 1746/2014) (...) y sin que en ningún caso pueda resultar un importe superior a la sanción que quedó establecida en la *sentencia* de instancia (1.601.900 € menos el 7%)».

Con fecha 7 de julio de 2016, esta SALA de COMPETENCIA de la CNMC, con objeto de cumplir la mencionada STS, ha procedido al recalcule de la multa aplicable a la recurrente MISTURAS OBRAS E PROXECTOS, S.A, 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 ordenado por el TS: 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]» (énfasis añadido).

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 «debería [sic] quedar fijado en el 4´30%». De lo

expuesto en la *Resolución* **no hay posibilidad alguna** de saber de dónde ha salido ese número.

Tampoco es posible saber **en qué está fundamentado** lo siguiente:

«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 prudentes. Sin embargo, no ha sido necesario en el presente expediente realizar ningún ajuste de proporcionalidad, ya que la sanción a la empresa se encuentra por debajo de lo que podría considerarse el límite de proporcionalidad según las características de las empresas y la dimensión de la infracción» [Pág.11].

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 a la empresa se encuentra por debajo de lo que podría considerarse el límite de proporcionalidad según las características de las empresas y la dimensión de la infracción*».

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 «*límite de 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 recálculo 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. En esas circunstancias puede ocurrir, 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 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* necesariamente tenga que 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 partícipe 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 negocios 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 *MISTURAS* en el año 2010 asciende a 22.418.792,41 € (folio 5643).

EMPRESAS PARTICIPANTES EN EL CARTEL	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 total/consolidado en 2010)
	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	
MISTURAS	6.250.575	0,01476	0,2765	2,28	511.148
	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	
	5.193.500	0,01226	0,2298	2,23	
	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 negocio *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 mediana sectorial. Ahora bien, la utilización de esa medida 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 versus 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 firmes y plataformas convocados por ese Departamento en el periodo 2007-2009 (*Vid. Págs. 93-94 de su Resolución*).

(iii) *Estimación del parámetro ξ .*

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

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

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

$$\Delta\pi = (0'072)(6.250.575\text{€}) = 450.041\text{€}$$

Así pues, como resultado de aplicar el % sancionador derivado del Artículo 64 (2'28%) al volumen de negocio **total/consolidado** en el ejercicio 2010, la multa impuesta (Vid. TABLA 1) resulta ser **1'1 veces** el beneficio ilícito derivado de la infracción, y nótese que la multa efectivamente impuesta en la presente Resolución (964.008€) es aún mayor: **2'14 veces el beneficio ilícito**. 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 cuando éste es muy alto en relación a su volumen de ingreso *afectado* por la infracción (como ocurre en el caso que nos ocupa).

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 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 **450.041 euros**.

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

Firmado: Benigno Valdés Díaz y Fernando Torremocha y García-Sáenz