

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

(Expte. VS/0287/10 POSTENSADO Y GEOTECNIA, empresa TÉCNICAS DEL PRETENSADO Y SERVICIOS AUXILIARES, 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 3 de noviembre 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/0287/10, POSTENSADO Y GEOTECNIA cuyo objeto es la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2015 (recurso 3254/2014) por la que se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2014 (recurso 426/2012), dictada como consecuencia del recurso interpuesto por la empresa TÉCNICAS DEL PRETENSADO Y SERVICIOS AUXILIARES en relación con la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de agosto de 2012 (Expediente S/0287/10 POSTENSADO Y GEOTECNIA).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 2 de agosto de 2012, en el expediente S/0287/10 POSTENSADO Y GEOTECNIA, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), en relación a TÉCNICAS DEL PRETENSADO Y SERVICIOS AUXILIARES S.L. (TECPRESA) acordó:

“Primero.- Declarar la existencia de conducta colusoria consistente en una infracción única y continuada tipificada en el artículo 1 de la LDC y en el artículo 101 del TFUE, por los acuerdos adoptados e implementados por Dywidag Sistemas Constructivos, S.A., Mekano4, S.A., Freyssinet, S.A., VSL-SPAM, S.A., CTT Stronghold, S.A., BBR Pretensados y Técnicas Especiales, S.L. y Técnicas del Pretensado y Servicios Auxiliares, S.L., a través de los contactos y las reuniones entre representantes de dichas empresas desde al menos 1996 hasta 2010, que entran en la definición de cártel, tal y como se ha razonado en el FD sexto, y por tanto esta conducta colusoria se califica, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la LDC.

Segundo. - Como autores de esta infracción responden, como responsables de la misma, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 61 de la LDC:

(...) 6.- Técnicas del Pretensado y Servicios Auxiliares, S.L. a la que se le impone una sanción de 1.957.000 € (UN MILLÓN NOVECIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL EUROS) (...)

Cuarto. - Las empresas anteriores justificarán ante la Dirección de investigación de la CNC el cumplimiento de tal obligación impuesta en el resuelve segundo.

Quinto.- Se insta a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide el cumplimiento íntegro de esta Resolución”.

2. Con fecha 3 de agosto de 2012 le fue notificada a TECPRESA la citada Resolución (folio 176), contra la que interpuso recurso contencioso administrativo (426/2012), solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la misma.
3. Mediante Auto de 27 de noviembre de 2012, la Audiencia Nacional acordó la suspensión solicitada exclusivamente en cuanto a la multa impuesta, condicionada a la aportación de garantía en forma de aval bancario por importe de 1.957.000 €. La garantía presentada por TECPRESA fue declarada suficiente por Providencia de la Audiencia Nacional de 14 de marzo de 2013.
4. Mediante Sentencia de 21 de julio de 2014, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó parcialmente el recurso (426/2012) interpuesto por TECPRESA contra la Resolución de 2 de agosto de 2012 en cuanto a la cuantificación de la multa. En dicha sentencia se establece que *“La cuantía de la multa se calculará exclusivamente sobre el volumen de ventas de la recurrente afectada por la infracción, excluyendo las cifras de negocios de su sociedad matriz. En el referido cálculo, se fijará como coeficiente para el cálculo del importe básico de la sanción, un 5%. En ningún caso la sanción podrá superar los 207.979,40 euros”*. Contra ella se interpuso recurso de casación por la Abogacía del Estado (3254/2014).

5. Con fecha 2 de octubre de 2015¹, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo resolvió el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado, casando la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2014 (426/2012) y estimando parcialmente el recurso interpuesto por TECPRESA contra la Resolución del Consejo de la CNC de 2 de agosto de 2012, recaída en el expediente S/0287/10, en el único extremo relativo al importe de la multa, ordenando su recálculo, sin que el nuevo importe pueda superar la cuantía de 1.957.000 € para no incurrir en *reformatio in peius*.
6. Con fecha 18 de junio de 2012 la Dirección de Investigación acordó requerir a TECPRESA la aportación de información de su volumen de negocios total antes de aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados en el año 2011, así como el de su matriz Ferrovial Agromán S.A.
7. TECPRESA presentó escrito de contestación el 5 de julio de 2012 (folio 806) señalando que el volumen de negocios total antes de la aplicación del IVA y otros impuestos relacionados, ascendió en el año 2011 a 5.138.000 € para TECPRESA y a 4.258.394.000 € para su matriz Ferrovial Agromán, S.A.
8. Es interesado:
 - TECNICAS DEL PRETENSADO Y SERVICIOS AUXILIARES S.L.
9. La Sala de Competencia deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 3 de noviembre de 2016.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Habilitación competencial

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*”.

¹ Rectificado error material por Auto de 10 de noviembre de 2015

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 2 de agosto de 2012, dictada en expediente S/0287/10, POSTENSADO Y GEOTECNIA, impuso una multa de 1.957.000 € a TECPRESA. Dicha empresa interpuso recurso contencioso administrativo contra la misma.

El recurso interpuesto fue inicialmente estimado en parte por la Audiencia Nacional. No obstante, el criterio manifestado por dicho Tribunal fue casado mediante Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2015 en la que se mantiene la estimación parcial del recurso presentado por TECPRESA, manteniendo la nulidad de la multa impuesta, si bien ordenando su recálculo según los criterios expuestos en su fundamentación jurídica, que difieren de los expuestos por la Audiencia Nacional. La parte dispositiva de la Sentencia del Tribunal Supremo dispone, en particular:

“Segundo.- Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil TÉCNICAS DE PRETENSADO Y SERVICIO AUXILIARES, S.L. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de agosto de 2012, recaída en el expediente S/0287/10, que anulamos por ser disconforme a Derecho, en el dispositivo que concierne a la fijación de la sanción de multa, ordenándose a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a que cuantifique la sanción pecuniaria conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, en los términos fundamentados”.

TERCERO. Sobre la determinación de la sanción

3.1. Hechos probados y determinación de la sanción en la Resolución de 2 de agosto de 2012

Para la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo y la imposición de la sanción correspondiente a TECPRESA hay que partir de los hechos acreditados que se imputan a dicha empresa en la Resolución de 2 de agosto de 2012, 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, TECPRESA (entre otros) fue declarada responsable de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, consistente en el reparto de mercado de sistemas de postensado a través de los contratos y reuniones entre representantes de las empresas imputadas desde al menos 1996 hasta 2010, que entran en la definición de cártel, y por tanto se trata de una conducta colusoria calificada, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la LDC.
- En particular, según lo señalado en el FD 6º:
“Técnicas del Pretensado y Servicios Auxiliares, S.L. es responsable del reparto de mercado a través del reparto de contratos en el ámbito de postensado desde, al menos, 1996 hasta 2003 y desde 2003 hasta la realización de las inspecciones por la CNC el 17 de junio de 2010 es responsable de haber adoptado un pacto de no competencia con el resto de empresas participantes del cártel. Este Consejo considera que el cambio de naturaleza en la participación de Tecpresa en estas conductas a partir de 2003 ha quedado acreditado en el expediente. En efecto, a diferencia de lo alegado por Tecpresa, las pruebas que obran en el expediente no acreditan que dejase de participar en esta infracción, sino que cambia su naturaleza y que a partir de ese momento se lleva a cabo a través de un pacto de no competencia como ha quedado acreditado en los Hechos probados y se refleja en el FJ 5º. Por tanto, y con reproducción de los razonamientos aplicados a BBR, la efectividad del cartel no se vio disminuida con la conducta de Tecpresa a partir de 2003.”

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 2 de agosto de 2012 motivó la determinación de las multas sobre la base de los criterios siguientes:

- La conducta. La conducta acreditada consiste en unas prácticas que entran dentro de la definición de cartel por las que se adoptaron una serie de acuerdos de:
 - Reparto de contratos de sistemas de postensado, desde al menos 1996 entre DSC, Mekano4, Freyssinet, CTT, Tecpresa y BBR
 - Reparto de contratos de suministro de barras desde 1999 entre DSC, Mekano4 y CTT
 - Reparto de clientes de sistemas geotécnicos entre DSC, Mekano4 y VSLSpam desde 1999 hasta octubre de 2009
- Determinación del mercado afectado. Según la resolución (páginas 11 y ss), *“Las conductas objeto de este expediente se desarrollan en dos mercados relacionados con la obra civil: el mercado de sistemas de postensado y el*

mercado de sistemas de geotecnia. En ambos casos, las conductas se circunscriben a los productos comercializados en el mercado español.”

Se considera el total de ventas afectado por los acuerdos y no sólo la parte del mercado donde se ha producido efectivamente la colusión, ya que no es la única afectada.

Por lo que respecta **al mercado de postensado**, desde 1996 hasta 2003 se caracteriza por ser un mercado estable, en el que participan las empresas imputadas que conjuntamente ostentan una cuota de mercado superior al 80%.

En el **ámbito de la geotecnia** la cuota de mercado conjunta es superior al 70%.

La demanda en estos mercados está integrada por grandes empresas de construcción con un gran poder de negociación. Algunas de estas empresas tienen filiales o participan en *joint ventures* en el sector del postensado² (BBR, Tecpresa, Freyssinet). Normalmente, aunque no con carácter exclusivo, estas matrices subcontratan los sistemas de postensado a sus participadas.

De acuerdo con la descripción del mercado que realizó la empresa CTT en sus alegaciones al expediente original, y que el Consejo de la CNC trasladó a la Resolución de 2 de agosto de 2012, las características del mercado son las siguientes:

- *"El mercado de la obra civil se halla, en España, en efecto en manos de un reducidísimo número de empresas de un gran tamaño: FCC, Acciona, Comsa Ente y Ferrovial por ejemplo.*
- *Las constructoras concurren a las licitaciones de obra civil o se adjudican los contratos de construcción de obra civil en su integridad (incluyendo los trabajos, de postensado, negociando ellas directamente los precios con los propietarios de las obras.*
- *Las constructoras adjudicatarias de los contratos de construcción de obra civil subcontratan después las labores de postensado a, entre otras, las empresas que han sido incoadas en el expediente.*
- *Las empresas de postensado prestan sus servicios para obra civil exclusivamente a las constructoras citadas. Nunca contratan directamente con la propiedad de la obra.*
- *La negociación y fijación del precio de la totalidad de la obra entre los propietarios de las obras y las constructoras se efectúa antes de la subcontratación a terceros y se efectúa de forma individualizada por partidas.*

² Tal es el caso de las empresas BBR, filial de FCC al 100%, TECPRESA filial de FERROVIAL al 99,9% y FREYSSINET cuyo capital está repartido al 50% entre ACCIONA y SOLETANCHE FREYSSINET.

Así, por ejemplo, el presupuesto de construcción de un puente incluirá una partida denominada "postensado" y un importe asignado a la misma de manera previa a que la empresa constructora haya contactado con empresas del postensado para la realización de ese trabajo. Ello implica que dicho precio actúe como tope máximo de los trabajos de postensado. Además, los presupuestos presentados por las empresas del postensado son en la mayoría de los casos muy inferiores al previsto para esta partida por la empresa constructora

- Dos de las grandes empresas constructoras tienen además sus propias filiales de postensado y barras; BBR y Tecpresa*
- Las empresas constructoras disponen de un poder de mercado extraordinariamente alto: (i) son los únicos potenciales compradores; (ii) conocen el mercado del postensado al más mínimo detalle e incluso tres de las mayores constructoras participan directamente en él; (iii) disponen de una elevadísima capacidad económica; (iv) de un monopolio de facto en la obra civil en España y y) determinan, de facto, el precio de los servicios de postensado.*
- Cada vez que una empresa de postensado formula una oferta a una constructora, ésta negocia llamando a todas las demás empresas y presionando a la baja aduciendo que otra empresa de postensado ha ofertado un precio inferior y la constructora acaba imponiendo el precio en última instancia*
- Este precio es manifiestamente inferior al precio al que la constructora ha contratado con la propiedad de la obra los servicios de postensado, pero el precio con la propiedad ya está siempre fijado y es aproximadamente entre un 30 y un 60% superior del precio que, en realidad, le cuesta a la constructora.*
- Los márgenes con que trabajan las empresas de postensado españolas son ínfimos: alrededor del 2-3%. Esto es todo lo que permiten las constructoras.*

Comparado con los mercados geográficos del entorno geográfico español (Francia y Portugal por ejemplo) y por supuesto todavía más en otros mercados como Reino Unido, Alemania, Holanda, etc. y por causa del extraordinario desequilibrio concurrencial entre constructoras y empresas de postensado, los precios del postensado en España son ínfimos. Aproximadamente el precio medio de mercado en España es inferior que en todos aquellos otros países de nuestro entorno geográfico.

- El poder de la demanda es tal además que, a pesar de todas las disposiciones legales existentes, se fijan (imponen) plazos de pagos actualmente a 210 días, la retención por certificaciones se sitúa en torno al 20%, se paga sólo transcurridos unos dos años y no se reconocen*

gastos incurridos por la realización de horas extra o trabajo en días festivos. Estas condiciones impuestas por las empresas constructoras a las pequeñas empresas de postensado en España no son aceptadas por empresas no españolas

- *La presencia de BBR y Tecpresa produce el efecto de que los precios nunca puedan subir. El beneficio permanece siempre al nivel de las constructoras. BBR y Tecpresa se utilizan como "benchmarking" y los precios no pueden subir.*

- *Las cifras de facturación de postensado, comparadas con las del sector de la obra civil, son insignificantes. Basta comparar en el expediente cualquiera de las obras referidas; por ejemplo Puente de la Bahía de Cádiz (una de las consideradas "grandes obras"): coste total de la obra: más de 200 millones de euros, coste del postensado: alrededor de 900.000 euros".*

- Afectación al comercio intracomunitario. Las conductas que han llevado a cabo las empresas imputadas están vinculadas con la obra civil, con una cuota conjunta superior al 70% del mercado español de geotecnia y del 80% en postensados, en su mayoría filiales de grandes grupos internacionales, destacando la importancia que la obra civil tiene dentro del conjunto de las exportaciones españolas.

Las grandes constructoras que son clientes en el mercado de postensados son al mismo tiempo las grandes operadoras y exportadoras de obra civil española, siendo el principal destino de estas exportaciones la UE y, en menor medida, América Latina.

- Duración. En lo referente a la duración, la resolución (pág. 157) considera acreditada que la infracción, única y continuada, se ha prolongado desde al menos 1996 hasta el momento de la realización de las inspecciones el 17 de junio de 2010.
- Atenuantes o agravantes. No se ha considerado ninguna circunstancia a tener en cuenta ni como factor agravante ni como factor atenuante en el cálculo de las multas del resto de empresas, excepto para Mekano4.
- Porcentaje. A la hora de imponer las sanciones, el Consejo de la CNC aplicó determinado porcentaje sobre el volumen de negocios en el mercado afectado³, ponderado por la duración de la conducta.
- Límite 10% VNT. Una vez calculada la multa, cuando ésta resultara ser superior al 10% del volumen de negocios total de la empresa en el ejercicio 2011, la multa se minoraba a dicho límite. A los efectos de fijar la base sobre la que

³ El Consejo de la CNC, para realizar el cálculo de la multa a imponer a TECPRESA, tuvo en cuenta únicamente el volumen de negocios en el mercado de postensado en España de dicha empresa durante el tiempo que duró la conducta.

calcular ese 10%, se atendió al volumen de negocios del grupo cuando su existencia quedaba acreditada en el expediente. La resolución consideró que existía grupo en los casos de BRR (con FCC) y TECPRESA (con FERROVIAL).

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

	Volumen de negocios total de Ferrovial Agroman (2011)	Volumen de negocios en el mercado afectado ⁴	Sanción (%)	Atenuantes (%)	Sanción
TECPRESA/FERROVIAL	4.258.394.000 €	13.048.000 €	15%	0%	1.957.000 €

La multa así calculada supuso para TECPRESA una multa del 0,05% del volumen de negocios total de su matriz Ferrovial Agroman en 2011 y del 38,1%, del volumen de negocios total de TECPRESA de 2011, en el 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 2015⁵, 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

⁴ Cifra de ventas TECPRESA de postensado en España aportadas por TECPRESA el 26 de septiembre de 2011 (Folios 796 y ss. incorporados del expediente principal) ponderadas según se indicaba en la comunicación de multas.

⁵ 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 reproachable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones.”

- Sobre dicha base, concluye el Tribunal que la metodología de cálculo que subyace en la *Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea* (actuales artículos 101 y 102 del TFUE), publicada en el BOE el 11 de febrero de 2009, y que utiliza la interpretación del artículo 63.1 de la LDC como un umbral o límite extrínseco, no resulta aceptable.
- En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, que en este caso podría llegar hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC se refiere al *“volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”*, concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, *“lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al “todo” de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de “volumen total” se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción. Voluntad legislativa acorde con esta interpretación que, como bien recuerda el voto particular, rechazó las propuestas de modificación del texto, expuestas en los trabajos preparatorios de su elaboración, que específicamente intentaban reducir el volumen de ventas a tan sólo las realizadas en el mercado afectado por la infracción”*. Rechaza así la interpretación según la cual dicho porcentaje deba calcularse sobre la cifra de negocios relativa al sector de actividad al que la conducta o infracción se refiere.
- Dentro del arco sancionador que discurre hasta el porcentaje máximo fijado en el artículo 63 de la LDC, las multas deberán graduarse conforme a los criterios del artículo 64.1 de la LDC, esto es, entre otros, *“a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción; b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; c) El alcance de la infracción; d) La duración de la infracción; e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables.”*
- Por último, 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.”

3.3. Criterios para la determinación de la sanción basados en los hechos acreditados en la sanción original (S/0287/10)

La infracción que acredita la Resolución de 2 de agosto de 2012 (y confirman los Tribunales) de la que es responsable TECPRESA 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, 2011. Como se ha mencionado, consta en el expediente que el 5 de julio de 2012 TECPRESA presentó su facturación antes de la aplicación del IVA y otros impuestos relacionados, relativa al año 2011, siendo ésta de 5.138.000 €.

Teniéndose en consideración esta cifra aportada, el porcentaje sancionador a aplicar en el presente expediente debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la Resolución de 2 de agosto de 2012 (S/0287/10), siguiendo los criterios de la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

TECPRESA es responsable del reparto de mercado a través del reparto de contratos en el ámbito de postensado desde, al menos, 1996 hasta 2003; y desde 2003 hasta la realización de las inspecciones por la CNC el 17 de junio de 2010, es responsable de haber adoptado un pacto de no competencia en ese mismo mercado afectado con el resto de empresas participantes del cártel, sin que se le haya imputado su participación en el reparto de contratos de suministro de barras y de clientes de sistemas geotécnicos⁶. La participación de TECPRESA en la conducta, medida como una proporción del mercado afectado conjuntamente por la infracción, fue de un 10,1%.

Por tanto, en el caso de Tecpresa el mercado afectado relacionado con la obra civil es el mercado de sistemas de postensado en España. En dicho mercado, como se indica en la Resolución de la CNC, las empresas imputadas, en su conjunto, ostentaban más del 80% del mercado durante la conducta. Como es sabido, la obra civil es un sector

⁶ La Audiencia Nacional en su Sentencia de 21 de julio de 2014 (recurso 426/2012 interpuesto por TECPRESA contra Resolución de 2 de agosto de 2012, casada por Sentencia Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2015 (3254/2014) considera que la resolución aplica en el momento de calcular la multa un 15% de forma común para todas las empresas sin considerar que algunas de las empresas, como sería el caso de BBR, sólo han participado en uno de los tres acuerdos globales

relevante para la economía nacional, y los sistemas de postensado son inputs necesarios en la obra civil; sin embargo, su peso en cada obra es reducido.

Por otra parte, como se ha descrito anteriormente, la demanda en estos mercados está integrada por grandes empresas de construcción con un gran poder de negociación. TECPRESA es la filial de Ferrovial, una de esas grandes empresas constructoras. Normalmente, aunque no con carácter exclusivo, estas matrices subcontratan los sistemas de postensado a sus participadas.

Siguiendo la precitada sentencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, participación en la conducta de la infractora, etc. – permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta.

De acuerdo con todo lo señalado, esta Sala considera apropiado un tipo sancionador del 6,8% del volumen de negocios total de TECPRESA en 2011, lo que supone una sanción de 349.384 euros. Esta multa está lejos de ser desproporcionada en relación con la efectiva dimensión de la infracción de acuerdo con los datos mostrados anteriormente y es, en todo caso, inferior a la sanción original.

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

HA RESUELTO

ÚNICO.- Imponer a TECNICAS DEL PRETENSADO Y SERVICIOS AUXILIARES, S.L. en ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2014 (Recurso 426/2012), casada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2015 (recurso 3254/2014), y en sustitución de la inicialmente impuesta en la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de agosto de 2012 (Expte. S/0287/14 POSTENSADO Y GEOTECNIA), la multa de **349.384 euros**.

Comuníquese esta Resolución a la Audiencia Nacional y a la Dirección de Competencia, y notifíquese a las partes interesadas haciéndoles 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.