

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

(Expte. VS/0287/10 POSTENSADO Y GEOTECNIA, empresa BBR PRETENSADOS Y TECNICAS ESPECIALES, 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 26 de noviembre de 2015 (recurso 3344/2014) por la que se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de julio de 2014 (recurso 424/2012), dictada como consecuencia del recurso interpuesto por la empresa BBR PRETENSADOS Y TECNICAS ESPECIALES, S.L. 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 BBR PRETENSADOS Y TECNICAS ESPECIALES, S.L. (BBR) 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:

(...) 1.- BBR Pretensados y Técnicas Especiales, S.L. a la que se le impone una sanción de 2.640.000 € (DOS MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA 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 fue notificada a BBR la citada Resolución (folio 177), contra la que interpuso recurso contencioso administrativo (424/2012), solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la misma.
3. Mediante Auto de 14 de diciembre 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 2.640.000 €, aval que fue posteriormente constituido (folio 408).
4. Mediante Sentencia de 22 de julio de 2014, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó parcialmente el recurso (424/2012) interpuesto por BBR contra la Resolución de 2 de agosto de 2012 en cuanto a la cuantificación de la multa, que anula y fija un nuevo importe de 256.657,59 €. Contra ella se interpuso recurso de casación por la Abogacía del Estado (3344/2014).
5. Con fecha 26 de noviembre de 2015, 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 22 de julio de 2014 (424/2012) y estimando parcialmente el recurso interpuesto por BBR 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, no pudiendo superar la cuantía de 2.640.000 euros, para no incurrir en *reformatio in peius*.

6. Con fecha 18 de junio de 2012 la Dirección de Investigación acordó requerir a BBR la aportación de información de su volumen de negocios total antes de aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados en el año 2011.
7. BBR presentó escrito de contestación el 9 de julio de 2012 señalando que su volumen de negocios total correspondiente a 2011, antes de la aplicación del IVA y otros impuestos relacionados, ascendió a 9.266.766,65 € (folios 790 y 791).
8. Es interesado:
 - BBR PRETENSADOS Y TECNICAS ESPECIALES, S.L.
9. La Sala de Competencia deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 3 de noviembre 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”*.

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 el expediente S/0287/10, POSTENSADO Y GEOTECNIA, impuso una multa de 2.640.000 € a BBR. 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 26 de noviembre de 2015 en la que se mantiene la estimación parcial del recurso presentado por BBR, 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 acuerda, en particular:

“Segundo.- Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil BBR PRETENSADOS Y TÉCNICAS ESPECIALES, 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 BBR 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, BBR (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, acuerdos 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:

“BBR Pretensados y Técnicas Especiales, S.L. debe ser declarada responsable del reparto de mercado, a través del reparto de contratos en el ámbito de postensado, desde, al menos, 1996 hasta la realización de las inspecciones por la CNC el 17 de junio de 2010. A pesar de que BBR no participó en las reuniones, ni en el intercambio de tablas de reparto, su implicación en el cártel de postensados ha quedado acreditada por la información aportada por el solicitante de clemencia y la evidencia recabada en las inspecciones de CTT y Mekano4, así como de los acuerdos relativos a la obra "Adriático" y al sistema de compensaciones acordado, tal como se recoge en los hechos probados. Existe abundante evidencia indiciaria y directa de su participación en el cártel. Y, como se desprende de la cita de abundante jurisprudencia y precedentes en el FJ anterior, la participación en el cartel no precisa tan solo de un comportamiento activo en la formación de voluntad de las conductas típicas y antijurídicas, sino que basta una participación en la misma, aunque sea de forma pasiva. Siempre que la misma produzca un reforzamiento efectivo de los acuerdos anticompetitivos o garantice la viabilidad de los mismos. En el caso presente, el reparto de determinadas obras o el "respeto" a las obras que debiera obtener BBR.”

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 cártel, en el marco del cual 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.”*

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 postensado¹ (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.*

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.

¹ 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.

- *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, imputada a BBR 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 la multa impuesta a BBR (sólo se aprecia atenuante a 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 afectado², 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 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 BBR, el proceso de determinación de la multa contenido en la Resolución de la CNC obedecía a los factores y datos siguientes:

² El Consejo de la CNC para realizar el cálculo de la multa a imponer a BBR 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.

	Volumen negocios total de FCC (2011)	Volumen de negocios en el mercado afectado ³	Sanción (%)	Atenuantes (%)	Sanción
BBR/FCC	11.754.800.000 €	17.600.000 €	15%	0%	2.640.000 €

La multa así calculada supuso para BBR una multa del 0,22% del volumen de negocios total de FCC en 2011 y del 28,5% del volumen de negocios total de BBR de 2011, 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 2015⁴, el proceso de determinación de la multa debe necesariamente ajustarse a las siguientes premisas:

- Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. La Sala señala que dichos límites “*constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje*” y continúa exponiendo que “*se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones.*”
- Sobre dicha base, concluye el Tribunal que la metodología de cálculo que subyace en la *Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la*

³ Cifra de ventas de BBR de postensado en España (externas e internas) aportadas por BBR en agosto de 2011 (Folios 779 y ss, que han sido incorporados del expediente principal) ponderadas según se indicaba en la comunicación de multas.

⁴ También, en idéntico sentido, las sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015 (recursos 1476/2014 y 1580/2013), entre otras.

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, 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 BBR 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 9 de julio de 2012 BBR presentó su facturación antes de la aplicación del IVA y otros impuestos relacionados, relativa al año 2011, siendo ésta de 9.266.766,65 €.

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.

BBR es responsable del reparto de mercado a través del reparto de contratos en el ámbito de postensado, desde, al menos, 1996 hasta el 17 de junio de 2010, sin que se le haya imputado su participación en el reparto de contratos de suministro de barras y de clientes de sistemas geotécnicos.⁵ La participación de BBR en la conducta, medida como una proporción del mercado afectado conjuntamente por la infracción, fue de un 12,6%.

Por tanto, en el caso de BBR 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 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. BBR es filial de FCC, una de esas grandes empresas. 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

⁵ 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

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 6,9% del volumen de negocios total de BBR en 2011, lo que supone una sanción de 639.407 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 BBR PRETENSADOS Y TECNICAS ESPECIALES, S.L. en ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de julio de 2014 (Recurso 424/2012), casada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2015 (recurso 3344/2014), 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 639.407 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.

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formula el Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz a la Resolución aprobada en el día de hoy, por mayoría simple, en el marco del Expediente Sancionador VS/0287/10 POSTENSADO Y GEOTECNIA

DISCREPANCIA que concreto y desarrollo en los siguientes **MOTIVOS**

PRIMERO.- Debemos partir de los siguientes Hechos Probados ciertos e indubitados.

A.- El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia el día 2 de Agosto del 2012 dictó una Resolución administrativa, en vía previa, en cuya Parte Dispositiva se dice

***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 TFUE, por los acuerdos adoptados e implementados por (...) BBR Pretensados y Técnicas Especiales 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*

(...) BBR Pretensados y Técnicas Especiales a la que se le impone una sanción de 2.640.000 euros (DOS MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA MIL EUROS).

B.- La empresa disconforme con lo resuelto, en tiempo y forma, interpuso Recurso Contencioso-Administrativo del que conoció la Ilma. Sección Sexta, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Recurso 424/2012).

La Ilma. Sala el día 22 de Julio del 2014 dictó Sentencia de la que fue Ponente la Ilma. Señora Magistrada Doña Ana Isabel Resa Gómez, en cuya Parte Dispositiva se dice

FALLAMOS

*Que debemos **ESTIMAR PARCIALMENTE** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **BBR Pretensados y Técnicas Especiales S.L.**, (...) sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 2 de agosto de 2012** y en consecuencia, anulamos la misma, en cuanto al importe de la sanción impuesta que debe fijarse en la suma de 256.657,59 euros, confirmando la resolución en los restantes pronunciamientos, sin expresa imposición de costas.*

Previamente, la citada Sentencia en el Fundamento de Derecho Cuarto establece

*“(....) Aplicando dicha doctrina, procedería la estimación parcial del recurso, en el sentido de aplicar la cifra correspondiente del volumen del mercado afectado en el ejercicio anterior al de la fecha de la resolución, esto es, **el ejercicio 2011** y que estimamos en el 5%, dado que la participación de la actora en la producción de los hechos desde sus orígenes y hasta su finalización **se limitó exclusivamente al mercado de postensados, NO de barras de postensado y geotécnia**, pero únicamente en cuanto al volumen de negocios de BBR en el mercado de postensados en España, **con exclusión** del volumen de negocios de FCC, **tal y como propusiera la DI**, en cuanto no quiso incluir las matrices (folio 159), ya que sólo puede considerarse como infractora BBR que es la que a tenor de lo dispuesto en el artículo 63.1.c) realizó la acción u omisión tipificada como infracción, pero no FCC que ni siquiera ha sido destinatario del acto administrativo, que le permitiera tener conocimiento de la eventual multa que pudiera corresponderle. Otra cosa distinta es que la resolución impugnada hubiese declarado la responsabilidad solidaria de la matriz en el pago de la multa de BBR, pero dicha mención se omite.*

De este modo y habiendo acompañado la acota, como Anexo de la demanda Memoria de BBR PTE correspondiente al año 2011, no impugnada ni desacreditada por la representación del estado, en el que cifra el volumen de negocios de BBR en el mercado afectado durante 2011 en 5.13.315,18 €, la sanción pertinente es la de 256.657,59 euros.

C.- La Administración del Estado disconforme con lo resuelto, en tiempo y forma, interpuso Recurso de Casación del que conoció la Excm. Sección Tercera, de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Recurso de casación 3344/2014).

La Excm. Sala el día 26 de Noviembre del 2015 dictaba Sentencia de la que fue Ponente el Excmo. Señor Magistrado Don José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, en cuya Parte Dispositiva se dice

FALLAMOS

PRIMERO.- Declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 22 de julio de 2014, que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo 424/2012, que casamos.

SEGUNDO.- Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil BBR PRETENSADOS Y TÉCNICAS REUNIDAS 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 la multa, ordenándose a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia 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.

SEGUNDO.- La Sentencia dictada por la Excm. Sala el día 26 de Noviembre del 2015 (Recurso de Casación 3344/2014) a lo largo de 29 páginas, en esta última página

in fine “declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 22 de julio de 2014, que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo 424/2012”.

Conclusión a la que llega tras haber concretado, previamente en la página 15 en el Fundamento de Derecho Primero en donde concreta el **petitum** del Abogado del Estado, al decir textualmente

*“El recurso de casación se articula en la formulación de **UN ÚNICO MOTIVO DE CASACIÓN**, que se funda al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, **por infracción de los artículos 63.1.c) y 64 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, en relación con el Artículo 23.2 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo de 16 de Diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los Artículos 81 y 82 del Tratado”.***

Para acto seguido, en el Fundamento de Derecho Segundo que lleva por título “Sobre la prosperabilidad del recurso de casación, decir clara y determinadamente que

*“El recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, **EN LOS ESTRICTOS TÉRMINOS FORMULADOS**, debe ser acogido, con base al principio de unidad de doctrina, acogiendo los razonamientos jurídicos expuestos en las sentencias de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de Enero de 2015 (RC 2872/2013) y de 30 de Enero de 2015 (RC 2793/2013) en que hemos establecido la interpretación de la cláusula contenida en el artículo 63.1.c) de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, **que dispone que las infracciones muy graves se sancionan “con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora, cuya aplicación debe modularse valorando los criterios de graduación debidamente establecidos en el artículo 64 del referido texto legal (...)***

TERCERO.- Partiendo de los anteriores establecimientos, a la Resolución aprobada por mayoría simple de esta Sala de Competencia deben hacerse los siguientes **REPROCHES DISCREPANTES**.

1º la Sentencia dictada por la Excmá. Sala en ningún momento de su discurso condiciona, modifica, combate o rechaza el porcentual del **5% fijado por la Sala de instancia** a la luz de las circunstancias ponderativas del Artículo 63 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio.

2º la Sentencia dictada por la Excmá. Sala, **de conformidad con los estrictos términos formulados por el Abogado del estado, en el único motivo de casación, SÓLO Y EXCLUSIVAMENTE** discurre sobre el volumen de negocios total.

Y a ello debe estarse, única y exclusivamente, por esta Sala de Competencia por imperio de lo juzgado, según **STC 62/2012 de 29 de Marzo Intangibilidad de las Resoluciones firmes.**

3º por consecuencia, cumpliendo el mandato jurisprudencial y al haber cambiado exclusivamente la cuantificación del volumen de negocios total que ahora se concreta en **€uros 9.266.766,65** la sanción a imponer a BBC Pretensados y Técnicas Especiales S.L., sería la de **€uros 463.388** como resultado de aplicársele el **5% fijado por y en la Sentencia de la Audiencia Nacional** (anteriormente transcrita) **y no modificado por la Sentencia del Tribunal Supremo AL NO HABER SIDO MOTIVO DE CASACIÓN.**

Así por este **MI VOTO PARTICULAR DISCREPANTE** lo pronuncio, mando y firmo en Madrid, fecha ut supra.