

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

(Expte. VS/0287/10 POSTENSADO Y GEOTECNIA, empresa FREYSSINET, S.A.)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep María Guinart Solà

D^a Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 14 de diciembre de 2017

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente VS/0287/10, POSTENSADO Y GEOTECNIA cuyo objeto es la ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de marzo de 2017 (recurso 573/2012), por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto por la empresa FREYSSINET, S.A. (en adelante FREYSSINET), 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 FREYSSINET 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., MEKANO 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:*

(...) 4.- FREYSSINET S.A. a la que se le impone una sanción de 2.805.000 € (DOS MILLONES OCHOCIENTOS CINCO 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 FREYSSINET la citada Resolución (folio 178), contra la que interpuso recurso contencioso administrativo (nº573/2012), solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la misma.
3. Mediante Auto de 15 de febrero de 2013, 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 2.805.000 €, garantía que fue declarada suficiente por Providencia de 22 de mayo de 2013 (folio 395).
4. Mediante Sentencia de 3 de marzo de 2017, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó parcialmente el recurso (573/2012) interpuesto por FREYSSINET contra la Resolución de 2 de agosto de 2012, ordenando a la CNMC a cuantificar la multa en orden a los criterios establecidos en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia.
5. Con fecha 18 de junio de 2012 la Dirección de Investigación acordó requerir a FREYSSINET la aportación de información de su volumen de negocios total antes de aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados en el año 2011 (folio 19612 del expte. S/0287/10).
6. FREYSSINET presentó escrito de contestación el 5 de julio de 2012 señalando que el volumen de negocios total antes de la aplicación del IVA y otros impuestos relacionados, ascendió en el año 2011 a 18.494.000 € (Folio 19653 del expte.

S/0287/10), cifra que reitera FREYSSINET en el escrito de alegaciones presentado ante la CNMC el 15 de noviembre de 2017.

7. Es interesado:

- FREYSSINET, S.A.

8. La Sala de Competencia deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 14 de diciembre de 2017.

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 la sentencia de la Audiencia Nacional

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 2.805.000 € a FREYSSINET. Dicha empresa interpuso recurso contencioso administrativo contra la misma.

El recurso interpuesto nº 573/2012, fue estimado parcialmente por Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de marzo de 2017, anulando la multa y ordenando a la CNMC que cuantifique la sanción pecuniaria de acuerdo con la interpretación que de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, hace el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de enero de 2015.

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 de la Audiencia Nacional y la imposición de la sanción correspondiente a FREYSSINET hay que partir de los hechos acreditados que se imputan a dicha empresa en la Resolución de 2 de agosto de 2012, y que han sido corroborados por los Tribunales.

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, FREYSSINET (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 sexto de la resolución de 2 de agosto de 2012:

“Freyssinet S.A., es 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. Y aunque su deseo de integrarse en el cartel de suministro de barras describa una conducta típica y antijurídica no inició, motu proprio, prácticas anteriores a la negativa a la integración en el cartel que supusiera una aplicación anticipada de los acuerdos anticompetitivos a los que quería incorporarse. Por tanto la consecuencia de su intención no ejecutada deberá concretarse en la cuantificación de la sanción.”

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 para FREYSSINET 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.
- 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, que es el relevante para FREYSSINET, 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%.

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

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.

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 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.

En el caso de FREYSSINET, el reparto de contratos en el ámbito de postensado habría tenido una duración desde 1996 hasta 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 de este expediente, excepto para Mekano4.
- Importe básico de la sanción. Teniendo en cuenta el carácter disuasorio que deben tener las multas en materia de competencia, el Consejo consideró adecuado fijar el importe básico de la sanción en el 15% sobre el volumen de negocios en el mercado afectado de FREYSSINET ponderado decrecientemente con la distancia temporal de la conducta.
- Límite 10%. 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. En el caso de FREYSSINET la resolución

no incluyó el volumen de negocios de las matrices al estar participada por más de un grupo empresarial (Acciona/Soletranche), y no se consideró procedente calcular el límite del 10% sobre la totalidad del volumen de facturación de todos los grupos propietarios. En cualquier caso, la resolución afirmaba que, dado el orden de magnitud de los volúmenes de facturación de ambos grupos, y aun considerando sólo la mitad de cada uno, la sanción no alcanzaría el límite del 10%.

En resumen, el proceso de determinación de la multa obedecía a los factores y datos siguientes para FREYSSINET:

	Volumen de negocios en el mercado afectado ²	Importe básico de la sanción (%)	Atenuantes (%)	Sanción
FREYSSINET	18.703.000 €	15%	0%	2.805.000 €

3.2. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo

De acuerdo con los razonamientos jurídicos de la Sentencia de la Audiencia Nacional que aquí se ejecuta, la determinación de la sanción deberá adecuarse a los criterios expresados en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015³.

En este sentido, debe tenerse en cuenta, en esencia, lo siguiente:

- 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. Tales 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”. 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 reproachable de

² Cifra de ventas de FREYSSINET de postensado en España (externas e internas) aportadas por FREYSSINET en septiembre de 2011 (Folios 17466 y ss, del expediente principal) ponderadas según se indicaba en la comunicación de multas.

³ También, en idéntico sentido, las sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015 (recursos 1476/2014 y 1580/2013), entre otras.

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.”

- 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”*.

Sobre la base de estas premisas ha de concluirse que la nueva determinación de la sanción deberá concretarse en un arco que discurre del cero al 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en el ejercicio anterior al de dictarse resolución (esto es, 2011). Dentro de dicho arco sancionador, la multa deberá determinarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la Ley 15/2007.

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 FREYSSINET 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 FREYSSINET presentó su facturación antes de la aplicación del IVA y otros impuestos relacionados, relativa al año 2011, siendo ésta de 18.494.000 € (folio 19653 del Expte. S/0287/10).

Sobre estas premisas, 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.

FREYSSINET es 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. En relación con el reparto de contratos de suministro de barras de postensado, FREYSSINET tuvo intención de participar, pero la entrada en el acuerdo no llegó a consumarse, por lo que no se incluye el volumen de negocios correspondiente a las barras. FREYSSINET no ha sido imputada en relación con el reparto de clientes de sistemas geotécnicos.

Por tanto, en el caso de FREYSSINET 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, aunque su peso en cada obra es reducido.

En cuanto al ámbito geográfico, se trata de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, lo que implica que pueden existir efectos intracomunitarios.

La participación de FREYSSINET en el mercado afectado por la infracción es de 70.844.310 euros, lo que supone el 15,7% del mercado afectado por la infracción de todas las empresas. Esta cuota es la tercera más alta de entre las empresas infractoras.

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. Algunas de estas empresas tienen filiales o participan en *joint ventures* en el sector del postensado (BBR, Tecpresa, Freyssinet). Normalmente, aunque no con carácter exclusivo, estas matrices subcontratan los sistemas de postensado a sus participadas.

No procede considerar circunstancias atenuantes o agravantes de la conducta.

Siguiendo la precitada Sentencia del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, duración, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado, participación en la conducta de la infractora, no concurrencia de agravantes y atenuantes– 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 las empresas.

De acuerdo con todo lo señalado, esta Sala considera apropiado un tipo sancionador del 7,1% del volumen de negocios total de FREYSSINET en 2011, lo que supone una sanción de 1.313.074 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, además, 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 FREYSSINET, S.A. en ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de marzo de 2017 (Recurso 573/2012), 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 1.313.074 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, sin perjuicio de la posibilidad de interponer recurso contencioso administrativo ordinario, en el plazo de dos meses desde el día siguiente al de notificación de la resolución, de acuerdo con lo resuelto por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.