Roj: **SAN 1212/2019** - ECLI: **ES:AN:2019:1212**

Id Cendoj: **28079230062019100072**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **6**
Fecha: **28/03/2019**
Nº de Recurso: **87/2018**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **Procedimiento ordinario**
Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

FONDO DOCUMENTAL CE

A U D I E N C I A N A C I O N A L

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000087 / 2018

Tipo de Recurso: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Núm. Registro General: **00959/2018**

Demandante: **FREYSSINET, S.A.**

Procurador: **DÑA. GLORIA MESSA TEICHMAN**

Demandado: **COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA**

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: **Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA**

S E N T E N C I A Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintiocho de marzo de dos mil diecinueve.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. 87/2018, promovido por la Procuradora Dña. Gloria Messa Teichman, en nombre y en representación de la mercantil **FREYSSINET, S.A.** , contra la resolución dictada en fecha 15 de diciembre de 2017 por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente VS/0287/10 (Postensado y Geotecnia) en ejecución de la sentencia dictada por el Audiencia Nacional de 3 de marzo de 2017 (rec. nº 573/2012) dictada como consecuencia del recurso contencioso administrativo que se había interpuesto frente a la resolución de la CNC de 2 de agosto de 2012 dictada en el expediente S/0287/10 en el único extremo de la determinación de la cuantía de la multa. Ha sido parte en autos la Administración demandada representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala que:

"... dicte sentencia por la que declare que la Resolución impugnada no es conforme a Derecho, declarando la nulidad de la misma por resultar contraria la SAN de 3 de marzo de 2017 , a los artículos 63 y 64 de la LDC y a la jurisprudencia que los desarrollan, en particular la STS de 29 de enero de 2015 , ordenando a la CNMC que adopte una nueva resolución en la que cuantifique la sanción pecuniaria a imponer a mi representada conforme a los criterios establecidos en los artículos 63 y 64 de la LDC y las exigencias derivadas de la aplicación del principio de proporcionalidad, en los términos expuestos en los fundamentos jurídicos de la presente demanda".

SEGUNDO. El Abogado del Estado contesta a la demanda mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto.

TERCERO. Posteriormente se declararon conclusas las presentes actuaciones y quedaron pendientes para votación y fallo.

CUARTO. Para votación y fallo del presente proceso se señaló para el día 13 de marzo de 2019 designándose ponente a la Ilma. Sra. Magistrada Dña. BERTA SANTILLAN PEDROSA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En el presente recurso contencioso administrativo la mercantil FREYSSINET, S.A., impugna la resolución dictada en fecha 14 de diciembre de 2017 por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el expediente VS/0287/10 (Postensado y Geotecnia) en ejecución de la sentencia dictada por la Audiencia Nacional de 3 de marzo de 2017 (recurso nº 573/2012) que acordó la estimación parcial del recurso contencioso administrativo que se había interpuesto contra la resolución de la CNC de 2 de agosto de 2012 ordenando a la CNMC a cuantificar la multa de acuerdo con los criterios establecidos en los artículos 63 y 64 de la LDC .

SEGUNDO. - Con el fin de centrar adecuadamente el objeto del presente proceso se destacan los siguientes hechos:

a) El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dictó en fecha 2 de agosto de 2012 resolución, en el expediente S/0287/10 (POSTENSADO y GEOTECNIA), en la que se 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 Dywdag Sistemas Constructivos, S.A., Mekano 4, 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 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 :

(...)

FREYSSINET S.A. a la que se le impone una sanción de 2.805.000 euros...".

b) Respecto de la mercantil FREYSSINET, S.A., la anterior resolución de la CNC declara que 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.

c) Dicha resolución se notificó a la mercantil ahora recurrente quien interpuso recurso contencioso-administrativo. La Audiencia Nacional dictó sentencia en fecha 3 de marzo de 2017 (rec. nº 573/2012) que estima parcialmente el citado recurso en cuanto a la cuantificación de la multa y ordenó que se cuantificase la sanción pecuniaria de acuerdo con la interpretación que de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio , había realizado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de enero de 2015 . Concretamente, el Tribunal Supremo en la citada sentencia de 29 de enero de 2015 , reiterada por numerosas otras posteriores, señala que la metodología para la cuantificación de las sanciones que propugnaba la Comunicación de la CNC de 6 de febrero de 2009, implicaba en un primer momento fijar el importe básico de la sanción sin sujeción a escala alguna, y a esta cifra se aplicaba ulteriormente un coeficiente de ajuste, según las circunstancias agravantes o atenuantes que se apreciasen, y solo en una tercera fase se ajustaba -cuando procedía- la cantidad así obtenida a los límites fijados en el artículo 63 de la LDC , lo que implicaba, según sostenía el Alto Tribunal, en buena

parte de los casos, establecer un sesgo al alza de los importes de las multas no adaptado a las exigencias del principio de proporcionalidad, para aplicar ulteriormente sólo a modo de correctivo el porcentaje del 10% del volumen de negocios, sin que dicho método se avenga al artículo 63 de la LDC , que marca los límites para la imposición de las sanciones en cada una de las tres categorías de infracciones, no en cuanto "umbral de nivelación", sino en cuanto cifras máximas de una escala de sanciones pecuniarias en el seno de la cual ha de individualizarse la multa. Y añadía que las referencias que efectuaba el artículo 63 de la LDC a la facturación o volumen de negocios de la empresa infractora han de entenderse hechas al volumen total de negocios, y no al volumen de negocios o facturación en la actividad afectada por la infracción.

d) Y en ejecución de la citada sentencia firme dictada por la Audiencia Nacional de 3 de marzo de 2017 , la CNMC ha dictado la resolución que constituye el objeto del presente proceso que sanciona a la mercantil ahora recurrente con multa por importe de 1.313.074 euros.

TERCERO. - En el escrito de demanda presentado por la mercantil recurrente se cuestiona el importe de la multa, así como el método de cuantificación de la misma. Y solicita la nulidad de la multa impuesta pues entiende que la CNMC no ha indicado las razones y motivos que le han llevado a fijar una determinada cuantía, pues sostiene que desconoce los criterios que ha seguido la CMNC para fijar su importe y, además, añade que éste resulta desproporcionado a la vista de lo establecido en los artículos 63 y 64 de la LDC , que entiende infringidos, denunciando así la falta de proporcionalidad de la sanción en atención a las particulares circunstancias del caso.

CUARTO.- Corresponde examinar si la CNMC en la determinación del nuevo importe de la multa en ejecución de la sentencia firme dictada por la Audiencia Nacional el 3 de marzo de 2017 se ha ajustado a las determinaciones referidas por el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 29 de enero de 2015 que supuso la base jurídica de la sentencia cuya ejecución por la CNMC ahora analizamos que acordó la nulidad de la multa impuesta y ordenó que se efectuara un nuevo cálculo atendiendo a los criterios fijados por la aludida sentencia del Tribunal Supremo.

La recurrente afirma que la Resolución de recalculo debe anularse por cuanto ha seguido de nuevo el método establecido la Comunicación de multas de 2009 (Comunicación de la CNC, de 6 de febrero de 2009, sobre la cuantificación de las sanciones). Esto no es aceptable ya que únicamente en el apartado 3.1. de la Resolución de recalculo se hace referencia a la Comunicación, pero para explicar cómo fueron calculadas las multas de la resolución original. En el apartado 3.2. de la resolución impugnada se explican los criterios expuestos por el Tribunal Supremo sobre la metodología del cálculo de las sanciones de competencia, y en el apartado 3.3 se realiza el recalculo utilizando la metodología desarrollada en cumplimiento de la STS de 29 de enero de 2015 , donde de ninguna forma se utiliza la comunicación de multas de 2009.

La Resolución impugnada especifica que para la determinación de las sanciones se han tenido en cuenta los criterios establecidos en el artículo 64.1 de la Ley 15/2007 de Defensa de la competencia (LDC) para obtener un tipo sancionador que se aplicará sobre el volumen de negocios total de la empresa en el año anterior a la infracción, de acuerdo con lo previsto en el artículo 63 de la LDC . Las citas literales que se recogen a continuación están tomadas de la mencionada Resolución de recalculo, y hacen referencia a los criterios del artículo 64.1 de la LDC :

a) Las características del mercado afectado por la infracción (art. 64.1.a):

"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 geotécnica. 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...".

b) El alcance de la infracción (art.64.1.c):

"Las grandes constructoras que son clientes en el mercado de postensado 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".

c) La duración de la infracción (art. 64.1.d):

"...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 la resolución sancionadora se exponen con detalle y rigor los distintos elementos probatorios ponderados como el reconocimiento de La CNMC, sobre la base de la previsión del artículo 63.1.c) de la LDC , parte de los criterios interpretativos que, sobre esta cuestión, la de la cuantificación de la multa, proporciona la relevante sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013 , criterios que resume la resolución recurrida de cuyo texto podemos destacar 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".*

- *"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".*

- *"Sobre la base de estas premisas, cabe deducir 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 inmediatamente anterior al de dictarse resolución (esto es, 2011).*

- *"Dentro de dicho arco sancionador, la multa deberá graduarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la LDC ".*

Entiende la Sala que estas pautas interpretativas son, en efecto, clara consecuencia de la doctrina del Tribunal Supremo, por lo que el problema se remite a determinar si, en aplicación de la misma, la resolución ha podido resultar falta de motivación o incurrir en desproporción.

En cuanto a la motivación insuficiente referida por la recurrente, es lo cierto que aparecen reflejados en su texto bajo la rúbrica *"Criterios para la determinación de la sanción basados en los hechos acreditados en la sanción original (S/0287/10)"* .

La resolución ahora impugnada destaca que, en la resolución anterior de 2 de agosto de 2012, y que ha confirmado la Audiencia Nacional, a las empresas infractoras -entre ellas la ahora recurrente- se las ha considerado responsables de una infracción muy grave y, por tanto, podrán ser sancionadas con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa (esto es, 2011). Y en este sentido, la resolución que ahora revisamos destaca el volumen de negocios total de cada una de las empresas infractoras en el año 2011, cuyo 10% ha de operar como techo de la multa, y, a continuación, inicia el procedimiento de determinación del porcentaje sancionador a aplicar partiendo de los criterios de graduación marcados en el artículo 64.1 de la LDC , de conformidad con lo expuesto en la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo acogida por la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 26 de julio de 2016 que tiene en cuenta la Audiencia Nacional al dictar la sentencia de 3 de marzo de 2017 que ejecuta la CNMC en la resolución que ahora revisamos.

Y es en este punto también explícita la resolución cuando tiene en cuenta los criterios recogidos en el artículo 64.1 de la LDC para determinar cuál va ser el tipo sancionador que se aplicará sobre el volumen total de negocios de cada una de las empresas sancionadas en el ejercicio 2011 -con el limite citado del 10%-. Tipo sancionador que se individualiza respecto de cada una de las empresas infractoras atendiendo en cada caso a los criterios de graduación del importe de la sanción recogidos en el artículo 64.1 de la LDC como son la dimensión y características del mercado afectado por la infracción; la cuota de mercado de las empresas responsables; el alcance de la infracción; la duración de la infracción; el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción y las circunstancias atenuantes y agravantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables.

Y en este sentido, la resolución de la CNMC que revisamos analiza e individualiza cada uno de los criterios referidos en el artículo 64.1 de la LDC . Y todo ello -gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, participación en la conducta de la infractora, no concurrencia de circunstancias agravantes ni 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 las empresas para obtener así un tipo sancionador que se aplicará sobre el volumen de negocios total de la empresa en el año anterior a la imposición de la sanción, de acuerdo con lo previsto en el artículo 63 de la LDC .

Pues bien, en modo alguno puede decirse que la cuantificación de la multa resulte, ni inmotivada -las consideraciones que anteceden demuestran que se apoya en una motivación bastante y, en todo caso, consecuente con los criterios jurisprudenciales de aplicación-, ni que tampoco sea desproporcionada, pues aplica un tipo sancionador que se sitúa en la media del tipo sancionador máximo; porcentaje que somete

después a los ajustes que permiten adecuarlo a las circunstancias particulares de los intervinientes de tal modo que el tipo sancionador del que se parte va decreciendo atendiendo a la menor participación de cada una de las empresas. Tales ajustes obedecen a la participación de cada empresa en el volumen de negocios en el mercado afectado durante la infracción, así como la participación de cada una de ellas en la infracción, que deduce la CNMC de los datos proporcionados por las empresas a su requerimiento.

Y una vez tenidos en cuenta los criterios que sirven para valorar la infracción en general, se individualiza la sanción atendiendo a la cuota de participación de cada empresa en la infracción y al volumen de negocios en el mercado afectado durante la infracción (VNMA) de cada una de las empresas que se fija a partir de los datos que aportan las infractoras a requerimiento de la CNMC. Y como los volúmenes de negocios de las empresas imputadas en el mercado afectado durante la conducta muestran la dimensión del mercado afectado por cada una con motivo de la infracción, constituye por eso un criterio de referencia adecuado para la determinación del tipo sancionador que procede imponer a cada empresa, de acuerdo con las previsiones del artículo 64.1, apartados a) y d).

En concreto, en el caso de la mercantil recurrente FREYSSINET el volumen de negocios en el mercado afectado fue de 18.703.000 euros, y la correspondiente cuota de participación en la infracción se fijó en el 15,7%, esa cuota es la tercera más elevada de entre las empresas infractoras.

Y, atendiendo a todas esas circunstancias, la resolución impugnada determina finalmente la sanción a imponer a cada una de las personas jurídicas intervinientes en el cártel, para lo cual aplica al volumen de negocios total en 2011 el tipo sancionador que en el caso de la recurrente ha sido del 7,1%, y ello ha determinado una sanción por importe de 1.313.074 euros.

Al contrario de lo que afirma la recurrente, la resolución no rebaja sin más el tipo sancionador del 10% al 7,1%, sino que utiliza la nueva metodología establecida a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 para determinar un tipo sancionador.

Por tanto, no podemos compartir con la recurrente ni la falta de motivación en la determinación del importe de la sanción ni tampoco su falta de proporcionalidad en su fijación.

E incluso, la CNMC considera que es innecesario realizar ningún ajuste de ponderación de la proporcionalidad de la sanción atendiendo, en su caso, a la estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta en el mercado afectado, ya que la sanción impuesta se encuentra significativamente por debajo de lo que podría considerarse el límite de proporcionalidad según las características de la empresa y la dimensión de la infracción.

Frente a todo ello han de ceder las críticas de falta de motivación o de desproporción de la sanción en las que insiste la recurrente en su demanda al referirse a que la multa impuesta no cumplía con los requisitos de los artículos 63 y 64 de la LDC , tal y como han sido interpretados por la Jurisprudencia.

Como hemos relatado, la resolución recurrida expone razonadamente, con sujeción a los criterios previstos en la ley que toma en consideración, como los ha valorado para proceder a la imposición de la sanción, dando cumplimiento a lo exigido por el Tribunal Supremo. A partir de aquí, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, en el asunto C-194/14 P, AC-Treuhand AG *"a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062 , apartado 181)."*

Y en el caso de FREYSSINET, S.A. no parece que pueda afirmarse en ningún caso que la utilización de un tipo sancionador del 7,1% sea desproporcionado para una infracción muy grave que podría castigarse con hasta un 10% del volumen total de negocios de la empresa. Igualmente, una sanción de 1.313.074 euros no parece que pueda considerarse desproporcionada para un volumen de negocios de SUMINISTROS MARVAL, S.L. en el mercado afectado por la infracción de 18.703.000 euros a lo largo de toda la duración de la infracción.

QUINTO. - De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , procede imponer las costas a la parte recurrente.

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo nº 87/2018, promovido por la Procuradora Dña. Gloria Messa Teichman, en nombre y en representación de la mercantil **FREYSSINET, S.A.** , contra la resolución dictada en fecha 15 de diciembre de 2017 por la Sala de Competencia de la Comisión Nacional

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

de los Mercados y la Competencia en el expediente VS/0287/10 (Postensado y Geotecnia) en ejecución de la sentencia dictada por el Audiencia Nacional de 3 de marzo de 2017 (rec. nº 573/2012) dictada como consecuencia del recurso contencioso administrativo que se había interpuesto frente a la resolución de la CNC de 2 de agosto de 2012 dictada en el expediente S/0287/10 en el único extremo de la determinación de la cuantía de la multa y, en consecuencia, se confirma al ser ajustada a derecho.

Se imponen a la mercantil recurrente las costas procesales causadas en esta instancia.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

/

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su **no**tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 09/04/2019 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ