Roj: **SAN 3234/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:3234**

Id Cendoj: **28079230062014100417**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **6**
Fecha: **14/07/2014**
Nº de Recurso: **423/2012**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **CONTENCIOSO**
Ponente: **CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3234/2014,**
STS 4091/2015

FONDO DOCUMENTAL

SENTENCIA

Madrid, a catorce de julio de dos mil catorce.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Mekano 4 S.A.** , y en su nombre y representación la Procuradora Sra. Dª María Consuelo Rodríguez Chacón, frente a la **Administración del Estado** , dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 2 de agosto de 2012** , relativa sanción siendo la cuantía del presente recurso 1.420.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Mekano 4 S.A., y en su nombre y representación la Procuradora Sra. Dª María Consuelo Rodríguez Chacón, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 2 de agosto de 2012, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada y con ella de la sanción impuesta.

SEGUNDO : Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO : Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día ocho de julio de dos mil catorce.

CUARTO **:** En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO : Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 2 de agosto de 2012, por la que se impone a la hoy recurrente la sanción de multa de 1.420.000 euros

por resultar acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del TFUE .

SEGUNDO : Antes de entrar en el análisis de la cuestión de fondo, hemos de recordar el contenido de la parte dispositiva de la Resolución de la CNC que hoy enjuiciamos:

"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 :..

5.- Mekano4, S.A., a la que se le impone una sanción de 1.420.000€ (UN MILLÓN CUATROCIENTOS VEINTE MIL EUROS)...."

TERCERO : Del contenido de la Resolución impugnada hemos de destacar:

"Siguiendo la descripción de la DI, "Mekano4 está activa en Europa, norte de África y América", en un total de 28 países. "Su sede principal está en Sant Cugat del Vallés (Barcelona), que gestiona la línea de negocios de postensado,y una delegación en Tres Cantos (Madrid), que gestiona la línea dedicada a los sistemas geotécnicos y dispone de un almacén en LliÇa de Vall (Barcelona)".

Es una de las empresas líderes en el mercado europeo. Realiza actividades de postensado, proyectos especiales y está presente en geotecnia.

"El objeto social de Mekano4 es el estudio, desarrollo, aplicación, comercialización, venta de sistemas de construcción, montaje postensado, juntas, apoyos, reparación, mantenimiento de todo tipo de estructuras de hormigón armado. Mekano4 está especializada en la construcción de puentes y estructuras, ofreciendo una gama de servicios que van desde el estudio de alternativas de diseño y métodos constructivos hasta el diseño, suministro e instalación de tirantes, postensado, apoyos y juntas para puentes. Entre las aplicaciones que realiza destaca el postensado en puentes, edificios, tanques de gas licuado, depósitos, cubiertas, torres de comunicación, centrales nucleares y estructuras atirantadas y sus actividades incluyen el diseño, fabricación, suministro e instalación de anclajes, sus elementos auxiliares y equipos de enfilado, tesado e inyección. Mekano4 está activa asimismo en el sector de la geotecnia en el que ofrece soluciones con barras y anclajes al terreno, así como para la construcción y mantenimiento de puentes y estructuras.

En la actualidad, el capital social de Mekano4 está repartido entre KRISOVI S.A. que en 2009 compró la participación que en dicha empresa tenía Dywidag Systems International Gmbh desde 2003-, Masajursa S.L. y un particular, sin que ninguno de ellos ostente el control sobre la empresa"."

Y continúa la Resolución:

"El postensado es un método de refuerzo (presforzado) del hormigón u otros materiales con cables, cordones o barras de acero de alta resistencia, normalmente conocidas como tendones.

Hay dos métodos de presfuerzo del hormigón: el pretensado y el postensado, en función del momento en que se estresa el acero. El postensado supone la aplicación de la fuerza compresiva sobre el acero después del vertido y fraguado del hormigón, una vez que éste ha alcanzado la fuerza necesaria. En ese momento, los tendones se estresan (elongar) y se anclan. Como si fueran bandas de goma tratan de recuperar su longitud original, pero no es posible por los anclajes. Esta tensión crea una fuerza compresiva sobre el hormigón que contrapesa las fuerzas de la carga aplicada (coches, personas, etc.)

Un tendón de postensado está formado por los anclajes, los cables, cordones o barras de acero pretensados (prestressing), los recubrimientos y conductos y los materiales anti-corrosión para el acero. Pueden ser adherentes y no-adherentes. Los no adherentes son aquellos en los que el acero no está unido al hormigón que lo rodea, transmitiendo su fuerza compresora al hormigón sólo a través de los anclajes. En los adherentes, los filamentos se insertan en un conducto que a su vez se integra en el hormigón. Los filamentos se estresan con un gato grande multi filamento y se anclan en un punto común. El conducto se rellena entonces con cemento, que lo protege contra la corrosión y une el tendón al hormigón que rodea el conducto. Los anclajes al suelo y roca también son sistemas adherentes, pero con una secuencia de construcción ligeramente distinta. Se perfora un

agujero recubierto en un lado de la excavación, colina o muro. Se inserta un tendón y se enlecha. Una vez que ha alcanzado la suficiente fuerza, se estresa el tendón.

Este sistema permite la construcción, en situaciones en las que sería imposible por las limitaciones del lugar o por las restricciones arquitectónicas. El postensado se aplica en casi todas las facetas de la construcción. Sus aplicaciones incluyen edificios de oficinas y viviendas, las estructuras de estacionamiento, losas sobre el suelo-, puentes, estadios deportivos, anclajes del suelo y roca y depósitos de agua.

En la construcción de edificios, esta técnica permite reducir el peso del edificio y con ello facilita los cimientos y puede ser muy adecuado en áreas sísmicas. Como también reduce la altura global del edificio para el mismo número de plantas (ya que permite usar losas más finas), permite ahorrar en sistemas mecánicos y costes de fachada.

En las zonas donde existen arcillas expansivas o suelos con baja capacidad de soporte, ayuda a resolver los potenciales problemas de agrietamiento. Se usa en los aparcamientos porque permite un alta grado de flexibilidad en el diseño de las columnas y configuraciones de rampa. En los estadios deportivos, permite mantener espacios claros muy amplios y aplicar una arquitectura muy creativa. Asimismo, permite construir puentes extremadamente largos sin el uso de estructuras de apoyo temporales. También permite que se construyan puentes con los requisitos de geometría muy exigentes, incluyendo curvas complejas, de peralte variable y significativos cambios de grado. Los anclajes postensados (suelo y roca) se utilizan en la tunelación, estabilización de pendientes y como aseguramientos en excavaciones. El postensado es el sistema preferido de refuerzo cuando se trata de la construcción de estructuras impermeables, tales como tanques de agua.

El uso de hormigón postensado permite reducir el canto de los elementos de hormigón, ya que aumenta su capacidad resistente y reduce las deformaciones, lo que conlleva un uso más eficiente de los materiales, por lo que permite reducir el peso de la estructura y una disminución de la fisuración del hormigón, aumentando su vida útil, abaratando costes y una mayor durabilidad. Sin embargo, requiere de maquinaria y mano de obra más especializada que el hormigón sin postensar. La mayor parte de las obras de ingeniería civil de hoy en día cuentan con numerosas estructuras, por lo que el empleo del postensado es fundamental para posibilitar la construcción de todo este tipo de estructuras realizadas in situ.

Dentro de las prácticas objeto de investigación se diferencia en el ámbito del postensado, las relativas al suministro de barras de postensado: la BST 500 (conocidas como "Gewi") y la 950/1050 (conocidas como "Dywidag").

"Por lo que respecta a la geotecnia, se trata del área de la ingeniería civil que estudia el comportamiento de suelos, así como de las propiedades mecánicas, hidráulicas e ingenieriles del terreno. En la realización de cualquier proyecto de infraestructura es fundamental conocer datos del terreno donde actuarán las cargas estructurales, con el fin de prever el comportamiento del mismo a los esfuerzos y usos a los que se verá sometido, conociendo los posibles problemas que se pudieran derivar de la actuación y aplicando las soluciones técnicas para transmitir las cargas de trabajo de modo seguro y fiable, como los cordones, que son elementos constructivos para asegurar la estanqueidad de los tirantes.

En la construcción de cualquier estructura es importante conocer el terreno, que estará en contacto con la finalidad de diseñar el tipo de cimentación apropiada a cada terreno, así como también conocer la serie de estratos o capas subyacentes, con el objetivo de asegurar que la distribución de presiones no causará asentamientos incompatibles con las deformaciones de la estructura fisuras y/o deformaciones antiestéticas.

La finalidad de la geotecnia es proporcionar interacción suelo/obra en lo que se refiere a estabilidad, resistencia (vida útil compatible) y viabilidad económica, a través de un reconocimiento geotécnico del terreno, cumpliendo con la Normativa del Código Técnico de la Edificación (CTE), investigando el suelo y las rocas por debajo de la superficie para determinar sus propiedades y diseñar las cimentaciones para estructuras tales como edificios, puentes, centrales hidroeléctricas, taludes, túneles y carreteras, así como las propiedades y el ambiente de fenómenos naturales o propiciados por la actividad humana, tales como deslizamientos de terreno, hundimientos de tierra, flujos de lodo y caída de rocas, ingeniería sísmica, interacción suelo-estructura y otros.

Entre los sistemas geotécnicos deben diferenciarse la construcción en superficie de la construcción subterránea:

La construcción en superficie supone que los sistemas geotécnicos de sujeción se aplican en superficie y se destinan, por ejemplo, a ofrecer estabilidad en vertientes, evitar desprendimientos de rocas, ofrecer refuerzos sísmicos de paredes y edificios, sujeción mediante pilares, así como sujeciones para asegurar la excavación. De ahí que sean más propios de la obra civil. Estos sistemas de sujeción se realizan con varios tipos de producto como anclajes de barra roscada, sistemas de anclajes de barra, sistemas de barra hueca, bulones de roca, pilares y anclajes al terreno.

Los sistemas geotécnicos para construcciones subterráneas comprenden aplicaciones para obras de minería, con productos utilizados para apoyar, reforzar y estabilizar los tejados o paredes de una cavidad como bulones de roca, bulones de fibra de vidrio, barras, mallas y esteras de recuperación, anclajes químicos y bulones tensores de cable y aplicaciones para obras de tunelado que, entre otras, comprenden varias clases de bulones utilizados para asegurar túneles y cavernas (bulones "DCP"), así como para el reforzamiento de rocas en túneles y minas (bulones "Omega")."

Respecto al funcionamiento del mercado, se afirma en la Resolución:

"Por lo que respecta al mercado de postensado, desde 1996 hasta 2003 se caracteriza por ser un mercado estable, con una serie de actores fijos, precisamente las empresas imputadas en este expediente -Freyssinet, CTT, DSC, Mekano4, Tecpresa y BBR-. En 2003 entra la empresa portuguesa ICQ en el mercado español y en 2005 Anfor y otros competidores, lo que aumentó el nivel de competencia en este mercado, aunque sin llegar a afectar a las conductas que se imputan.

Las empresas de mayor tamaño en España son Freyssinet y BBR, seguidas de CTT, Mekano4 y Tecpresa, DSC e ICQ, y residual la participación de otras empresas. En concreto, en el año 2009, Freyssinet lideró el mercado, seguida de Mekano4, CTT, BBR, Tecpresa y DSC.

Conjuntamente ostentan en torno a un 80-90% del mercado.

En el ámbito de la geotecnia los tres principales actores en este mercado en España son VSL-Spam, DSC y Mekano4 con una cuota de mercado conjunta en ese momento de casi el 90% del mercado en España-, aunque existen otros competidores como Anfor y a partir de 2005, otras empresas, como Anclypilote, Comercial de Sondeos y Unetra.

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.

Como complemento de la definición de mercado que hace la DI, se reproduce a continuación la descripción del mercado que hace la empresa CTT en sus alegaciones:

"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

Dos de las grandes empresas constructoras tienen además sus propias filiales de postesado 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 postesado ha ofertado un precio inferior y la constructora acaba imponiendo el precio en última instancia

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

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 desequilibro concurrencial entre constructoras y empresas de postensado, los precios del postensado en Esparta 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 sitia 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"."

Los hechos que se declaran probados, tienen su fundamento en la información facilitada por la solicitante de exención, la documentación recabada en las inspecciones de 17 de junio de 2010 en Freyssinet, CTT, VSL-Spam y Mekano4, así como en las contestaciones a los requerimientos de información de la DI a las empresas incoadas y a determinadas constructoras clientes de las anteriores, potencialmente perjudicadas por las prácticas investigadas en este expediente.

De los hechos imputados en la Resolución, hemos de destacar:

"Del análisis de toda esta documentación, se ha podido corroborar la información inicialmente aportada por el solicitante de exención, constatándose durante la instrucción de este expediente la existencia de:

i. Reparto de los contratos de sistemas de postensado desde, al menos, 1996 hasta la realización de las inspecciones de 17 de junio de 2010, entre Freyssinet, Mekano4, CTT, DSC, Tecpresa y BBR.

ii. Reparto de clientes en suministro de barras de postensado desde 2000 hasta el momento de realizarse las inspecciones, entre CTT, Mekano4 y DSC.

iii. Un reparto de clientes en productos de geotecnia desde 1999 hasta el 17 de abril de 2008, entre VSL-Spam, Mekano4 y DSC. No obstante, posteriormente a esta fecha, DSC y Mekano4 han mantenido, hasta la salida de los consejeros de Mekano4 del Consejo de administración de DSC en octubre de 2009 una política de no agresión en relación con determinados clientes derivado de los estrechos vínculos existentes entre estas empresas...

Como se puede observar, tanto Mekano4 como DSC han participado en todas estas prácticas...

En todo caso, Freyssinet, Mekano4, CTT, DSC, Tecpresa y BBR son los operadores de mayor relevancia en dichos mercados, como ya se ha indicado, y los cárteles objeto de investigación en este Pliego tenían como finalidad mantener las cuotas de mercado de dichas empresas...

Al analizar la operativa de las prácticas objeto de estudio en este expediente, podemos destacar como pautas de comportamiento el reparto del mercado a través de unas cuotas preestablecidas, en función del tamaño de las diferentes empresas participantes en el cártel.

Los contactos entre las empresas incoadas se llevaban a cabo principalmente a través del intercambio de correos electrónicos y conversaciones telefónicas y sólo en el cártel de postensado a través de reuniones formalizadas e institucionalizadas.

En todo caso, las comunicaciones llevadas a cabo por las empresas participantes en el cártel se enmascaraban bajo nomenclatura en clave, que facilitaba la ocultación de las actividades del cártel...

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

De acuerdo con información aportada por DSC, ante la creciente actividad de las autoridades de competencia en otros sectores y el temor de que se pudieran practicar inspecciones en las sedes de los participantes, se comentó en alguna reunión a principios de 2008, la necesidad de extremar precauciones en relación con la frecuencia de las comunicaciones y la conservación de documentos, sugiriéndose que los documentos relacionados con el cártel no se conservara en la sede de las empresas...

Los contactos entre las empresas del cártel eran coordinados por lo que las empresas denominaban "Pilotos", función ejercida de manera periódicamente rotatoria por las empresas del cártel, estando encargado el "Piloto" tanto del intercambio de información como de la actualización y del cumplimiento de los acuerdos adoptados en el seno del cártel.

En estos contactos se señalaban las nuevas obras o clientes que se iban a incorporar al reparto por las empresas del cártel. El "Piloto" una vez recabada la información necesaria para el reparto del mercado tanto de postensado como de geotecnia, actualizaba, preparaba y distribuía las tablas que iban a ser repartidas. En función de esta información, las empresas valoraban la implementación y control de los acuerdos alcanzados, así como la forma de ajustar los mismos al reparto de cuotas establecido, en función de la cuota asignada a cada empresa del cártel y en caso de desfases, se llevaban a cabo compensaciones bien de carácter dinerario (en el caso del mercado de geotecnia), bien a través de la cesión de obras (en el caso del mercado de postensado), con el fin de restablecer el statu quo de las cuotas asignadas entre las empresas participantes en el cártel..."

En relación a las prácticas en el ámbito del postensado, se afirma en la Resolución:

"El propósito del cártel en postensado era repartir entre las 6 empresas participantes en el cártel -Freyssinet, CTT, Mekano4, DSC, Tecpresa y BBR- los contratos de sistemas de postensado. A través de su participación en el cártel, cada empresa del cártel se aseguraba un porcentaje de contratos equivalente a su cuota en el mercado. Como ya se ha señalado, las empresas participantes en el cártel utilizaban distintos códigos para identificar estas empresas y el funcionamiento del cártel con el fin de evitar la detección de éste.

Así, por las empresas del cártel se identificaba éste como el "club", al coordinador del cártel como el "piloto", que tenía carácter rotatorio entre las empresas del cártel, y al listado de proyectos a repartir como el "ranking", "balance" o también "piloto". Se hacía referencia a las reuniones de las empresas del cártel como "liga de fútbol", "partidos de golf", el "partido", el "campeonato" y a las distintas empresas participantes en el cártel se les denominaba a través de las siguientes letras del alfabeto:

a. La empresa "A" se corresponde con Freyssinet.

b. "B" se corresponde con CTT.

c. "C" se corresponde con Mekano4.

d. "D" se corresponde con Tecpresa.

e. "E" se corresponde con DSC, y

f. "Z", se corresponde con BBR...

El reparto de los contratos de sistemas de postensado se realizaba cuando la obra o proyecto estaba aún en fase de estudio. Así, cuando bien una empresa del sector privado o la Administración Pública licitaba una obra, las constructoras que se iban a presentar a dichas licitaciones iniciaban de forma preliminar los contactos con las empresas de postensado para conocer sus precios y así preparar sus ofertas, incluyendo estos servicios de postensado. Por medio de estos contactos previos, las empresas del cártel contactadas informaban a las demás empresas participantes en el cártel de estos potenciales subcontratos de postensado. En el caso de obra pública, dado que conforme a las normas de contratación pública estos contratos se anuncian públicamente, los potenciales subcontratos de postensado relacionados con dichas obras, que representaban una parte importante de la demanda en este mercado, eran conocidos por todos los miembros del cártel antes de que dichos contratos fueran adjudicados, pues las licitaciones se anunciaban en distintos medios, tanto oficiales (principalmente diarios oficiales del Estado o de las Comunidades Autónomas) como no oficiales (portales de construcción como obralia.com y construdatos.es).

Por ello, cuando la constructora adjudicataria del proyecto solicitaba precios, las empresas del cártel ya habían acordado qué empresa haría la oferta más competitiva, ofreciendo las demás empresas del cártel un precio más alto, para que la adjudicada por el cártel se hiciese efectivamente con el pedido. Para evitar que una empresa "equivocada" ganara el contrato, eran frecuenten los contactos entre las empresas del cártel, normalmente telefónicos o a través de correo electrónico, informando sobre el precio ofrecido por la empresa que tenía adjudicado el contrato en virtud de lo acordado por el cártel, con el fin de que las demás empresas del cártel ofrecieran precios superiores y no ganaran el contrato...

Hay que aclarar que este cártel no aseguraba en todo caso la adjudicación, toda vez que la decisión final en relación con la adjudicación la adoptaba la empresa constructora y algunas veces los clientes adjudicaban el contrato a empresas no participantes en el cártel, lo cual producía una desviación de lo acordado por el cártel.

Por ello, si finalmente una empresa ajena al cártel resultaba adjudicataria de una obra que ya había sido asignada entre las empresas participantes en el cártel, no había compensación entre éstas y además se entendía que dicha obra quedaba dentro del listado asignado a dicha empresa del cártel.

Este mecanismo tenía por finalidad penalizar de alguna forma al participante del cártel que realizase una oferta excesivamente elevada para su propio beneficio y como consecuencia, que un competidor ajeno al acuerdo entrase en el mercado repartido. Hay que recordar que las empresas del cártel representan los operadores más relevantes en el mercado, con una cuota conjunta de más del 80%....

Así, la DI tiene constancia de la celebración de las siguientes 40 reuniones del cártel en el ámbito de postensado desde 1999 hasta prácticamente la realización de las inspecciones por la CNC el 17 de junio de 2010, constando en el Anexo II a este Pliego una tabla informativa de estas reuniones, elaborada por esta DI de acuerdo con la información obrante en el expediente:

1999:

Reunión de 20 de mayo.

2000:

Reunión de 11 de abril.

2001:

Reunión de 20 de junio.

2003:

Reuniones de 5 de febrero y 2 de julio.

2004:

Reunión de 11 de mayo y 21 de septiembre

2005:

Reuniones de 8 de febrero, 25 de abril, 22 de septiembre y 13 de octubre.

2006:

Reuniones de 7 de febrero, 9 de febrero, 7 de marzo, 4 y 5 de abril, 8 de mayo, 31 de mayo, 4 de julio, 14 de septiembre y 25 de octubre.

2007:

Reuniones de 23 de enero, 13 de marzo, 8 de mayo, 11 de julio y 16 de octubre.

2008:

Reuniones de 29 de enero, 9 de abril, 16 de abril, 15 de julio y 29 de octubre.

2009:

Reuniones de 27 de enero, 18 de febrero, 23 y 24 de abril, 17 de junio, 30 de junio, 3 de julio, 9 y 10 de septiembre y 25 de noviembre.

2010:

Reuniones de 3 y 4 de marzo y 15 de junio...

Freyssinet, Mekano4 y CTT participaron en el cártel desde su constitución, al menos, desde 1996 y de conformidad con las pruebas que constan en este expediente, como se detallará más adelante, se observa un papel preponderante en el cártel por parte de estas 3 empresas, que tiene su reflejo tanto en la organización del mismo (por ejemplo, en cuanto al número de reuniones organizadas por dichas empresas) como en el número de proyectos adjudicados por el cártel, atendiendo a la cuota de mercado que les correspondía según las tablas de reparto acordadas por el cártel. En cuanto a DSC, el cártel ya estaba operativo en el momento en que dicha empresa empezó a participar en este cártel, tras aceptar la invitación realizada por Mekano4 para que participara en éste. DSC dejó de participar en las reuniones y acuerdos del cártel a finales de 2009, comunicando

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

el representante de DSC en el cártel en la reunión celebrada los días 24 y 25 de noviembre de 2009 en el Parador de Málaga a las demás empresas del cártel que DSC dejaría de participar en el mismo, abandonando la reunión."

A continuación se describen en la Resolución las obras adjudicadas en el cártel.

En relación al mercado de barras de postensado, se afirma en la Resolución:

" Los sistemas de postensado se componen de barras, cables y anclajes que se utilizan en la construcción de infraestructuras. Mientras los cables se utilizan en las obras de postensado longitudinalmente, las barras se usan en determinadas obras de postensado, con carácter ocasional y transversalmente, existiendo dos tipos de barras: la BST 500 (conocidas como "Gewi") y la 950/1050 (conocidas como "Dywidag").

El valor de las ventas de las barras de postensado/pretensado, tanto de BST 500 como 950/1050, corresponde a aproximadamente entre un 5 y un 10% del valor total del mercado de postensado.

Los contactos entre CTT, Mekano4 y DSC en relación con el suministro de barras se origina a raíz de los encuentros colusorios que en el ámbito del postensado estas empresas ya mantenían, decidiendo en 1999, coincidiendo con la expiración en dicho año de la patente en las barras Dywidag de DSC sobre este tipo de barras, iniciar estas prácticas entre CTT, Mekano4 y DSC, consistentes en el reparto entre dichas empresas de los contratos de suministro de barras BST 500 y 950/1050 para uso de postensado, asegurándose estas empresas un porcentaje de contratos equivalente a la cuota de mercado asignada a cada empresa por el cártel, de acuerdo con información aportada por el solicitante de clemencia.

Las cuotas asignadas por el cártel a cada una de estas empresas fue para las barras BST-500 del 23% para CTT, el 27% para Mekano4 y el 50% para DSC y la cuota para las Barras 950/1050 o Dywidag fue también del 23% para CTT, el 50% para Mekano4 y el 27% para DSC. Así, en notas manuscritas del representante de CTT fechadas el 27 de febrero de 2004, consta la cuota del reparto establecido por el cártel respecto del suministro de barras de postensado o pretensado, siendo del 23% para CTT248. Igualmente, con fecha 3 de octubre de 2006 aparece recogido en el cuaderno del representante en el cártel de la empresa CTT un recorte de un correo impreso de igual fecha, con asunto: Cerramientos DSC, en el que el representante en el cártel para barras de postensado de DSC le señala las ofertas que presentará para diferentes obras repartidas por el cártel...

En cuanto a la operativa entre estas empresas para acordar el reparto de obras e intercambiarse las tablas de reparto, los contactos entre las empresas se hacían principalmente a través de llamadas telefónicas o correos electrónicos, sin que le conste a la DI, de acuerdo con la información obrante en el expediente, que fuera habitual la celebración de reuniones. No obstante, en la información recabada en las inspecciones en alguna ocasión se hace referencia a alguna reunión entre estas empresas...

Estos acuerdos colusorios también se ocultaban y así se observa en la denominación dada a las tablas de reparto de clientes u obras, que también se denominaban "pilotos", al igual que en las prácticas relativas a postensado:...

De acuerdo con la información aportada por el solicitante de exención, las empresas del cártel que vendían barras originalmente eran sólo DSC, Mekano4 y CTT, por lo que fue necesario crear unas listas independientes al margen de Freyssinet y Tecpresa, que por ese entonces no comercializaban este tipo de barras252. Para ello, al igual que en relación con las obras de postensado, CTT, Mekano4 y DSC se intercambiaban entre sí información sobre potenciales contratos de suministro de barras, aunque en este caso la información se centralizaba en el coordinador o "piloto de pretensado", papel que correspondió predominantemente a DSC, dado que era la empresa más importante en el suministro de barras253. Por tanto, una vez intercambiada esta información sobre potenciales clientes para el suministro de barras de postensado, se procedía por el piloto a la elaboración de la tabla de reparto de contratos y su posterior remisión a las demás empresas del cártel. No obstante, tras las quejas planteadas por DSC en cuanto a la función de piloto asumida por éste a mediados de 2008, a nivel interno se plantea por dicha empresa la posibilidad de que dicho rol fuera asumido por otra empresa de las participantes en el cártel, y que éste fuera rotatorio como en el ámbito del postensado...

Así, a partir de principios de junio de 2008 el coordinador o "piloto" del cártel sería el representante de Mekano4..."

Respecto de la actividad de geotecnia, se afirma en la Resolución impugnada:

" De acuerdo con información aportada por el solicitante de exención, determinadas empresas participantes en el cártel de postensado también presentes en geotecnia, en concreto, DSC, Mekano4 y VSL-Spam364, decidieron en 1999 ampliar las prácticas colusorias a dicho ámbito, de forma similar a lo que se venía haciendo en postensado. La operativa del cártel en el ámbito de geotecnia es similar a la de postensado, existiendo también la figura del piloto y celebrándose reuniones, aunque en este supuesto el mecanismo de estabilización de las cuotas de mercado consistía en un reparto de clientes y no en un reparto de contratos u obras, dado que como ha señalado VSL-Spam en contestación al requerimiento de información realizados por esta DI, en el campo de la geotecnia no se trabaja en relación a proyectos concretos sino en relación a clientes. Las ventas de sistemas geotécnicos

no se hacen sobre la base del proyecto e incluyendo el mantenimiento, sino como pedidos para los equipos, es decir, consiste en el suministro de barras y/o anclajes utilizados en obras de construcción, pero no incluye su instalación. Los clientes son, en su mayoría, subcontratistas especializados en cimentación que trabajan para empresas constructoras. Por ello, si un contratista contactaba con una de las empresas participantes en estas prácticas en el ámbito de sistemas geotécnicos distinta a la que el cártel había pactado que realizase la venta, dicha empresa solicitaba a la empresa asignada el precio (más alto) que debía ofrecer para asegurar que no resultaba adjudicataria del contrato. De la misma forma que en relación con los sistemas de postensado, ello no siempre era suficiente para evitar que se adjudicase el contrato a la empresa "equivocada".

El cártel en este ámbito de la geotecnia consistía en el reparto de clientes entre DSC, Mekano4 y VSL-Spam, con el objeto de mantener constante la cuota asignada a cada uno, tanto en barras como en anclajes. La cuota para barras era del 50% para DSC, del 27%, para Mekano4 y del 23% para VSL-Spam y la cuota para anclajes era del 48% para VSL-Spam, del 32% para DSC y del 20% para Mekano4, como se consignaban en los listados de reparto de clientes de barras y anclajes367.

Para ello, DSC, Mekano4 y VSL-Spam compartían información sobre sus ventas con el organizador o "piloto" del cártel, en este supuesto, DSC, que recibía esta información por vía telefónica o por correo electrónico. El piloto preparaba un listado de los clientes y las ventas de cada empresa, denominado "ranking" o "piloto" -uno para pedidos de barra y otro para anclajes-, que se distribuía entre las empresas del cártel, para fijar entre las citadas empresas la cuota de reparto de clientes.

En los listados se reflejaban los clientes y el tipo de material requerido por cada uno, hasta completar la cuota de cada empresa del cártel. El importe y las características del pedido (longitud y peso) se incluían directamente en la columna correspondiente a la empresa a la que le tocaba suministrar a dicho cliente...

El piloto también convocaba las reuniones del cártel, en las que DSC, Mekano4 y VSL-Spam ajustaban las ventas en el mercado a las cuotas de mercado fijadas por el cártel, repartiéndose los clientes entre dichas empresas. En el supuesto que una de estas empresas hubiera obtenido más ventas de las que le correspondía en función de la cuota de mercado atribuida por el cártel, se realizaban los correspondientes ajustes: si las ventas eran menores que la cuota se le asignaban más pedidos de clientes y si, por el contrario, las ventas eran mayores que la cuota asignada por el cártel, esa empresa debía ceder clientes a otra de las empresas del cártel hasta reajustar su cuota.

La primera reunión de la que tiene constancia esta DI en la que se alcanzaran acuerdos en el ámbito de la geotecnia es la celebrada en Barcelona el 12 de julio de 1999, a la que acuden al menos representantes de Mekano4 y DSC, y en el que se adoptaron acuerdos partiendo de un cuadro que refleja el reparto de cuotas de 1998 para anclajes de cables, tal y como señala la siguiente nota relativa a dicha reunión, en la que aparece en anotaciones manuscritas la propuesta de reparto entre DSC, Mekano4 y VSL-Spam...

En la reunión del cártel celebrada el 17 de abril de 2008 en el Hotel Sants en Barcelona se da por finalizada toda relación con VSL-Spam, aunque DSC y Mekano4 mantuvieron hasta la salida de los consejeros de Mekano4 del Consejo de Administración de DSC en octubre de 2009 una política de no agresión en relación con determinados clientes de geotecnia, según manifiesta DSC en su solicitud de exención, constando la remisión de tablas de reparto entre DSC y Mekano4 hasta junio de 2008."

En cuanto a la calificación jurídica de las conductas que realiza la CNC:

"El Consejo valora que el relato de hechos probados acredita la existencia de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007 y del artículo 101 del TFUE por un periodo que media entre 1996 y 2010 consistente en unas prácticas que entran dentro de la definición de cártel dada por la Ley 15/2007, por las que se adoptaron una serie de acuerdos de:

a. Reparto de contratos de sistemas de postensado, desde al menos 1996 entre DSC, Mekano4, Freyssinet, CTT, Tecpresa y BBR

b. Reparto de contratos de suministro de barras desde 1999 entre DSC, Mekano4 y CTT

c. Reparto de clientes de sistemas geotécnicos entre DSC, Mekano4 y VSL-Spam desde 1999 hasta octubre de 2009

Los hechos constitutivos de la infracción son susceptibles de afectar al comercio intracomunitario al tener alcance mayor al nacional con las observaciones comentadas anteriormente en el FD segundo...

Este cártel constituye una infracción única y continuada, formada por todos los acuerdos anticompetitivos adoptados en el ámbito del postensado y de la geotecnia. Las empresas incoadas son responsables de esta infracción, aunque con distinto nivel de implicación, en la que participaron de forma ininterrumpida...."

CUARTO : Respecto de la calificación jurídica de esta conducta, hemos de recordar lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 15/2007 :

"1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

a. La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

b. La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.

c. El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

d. La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

e. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos."

El artículo 101 del TFUE :

"1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

a. fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;

b. limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;

c. repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;

d. aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

e. subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos."

De lo expuesto anteriormente resulta, en relación con la actora, a) las prácticas respecto al mercado del postensado se inicia 1996 (según la información aportada por el solicitante de la exención), constando reuniones desde 1999 y hasta 2010, b) las prácticas relativo a las barras de postensado, comienzan en 1999 y concluyen en 2010, c) las prácticas relativas a la actividad de geotecnia comienzan en 1998, produciéndose la primera reunión en 1999, y terminan en junio de 2008.

Veamos las argumentaciones de la recurrente:

Se afirma que los clientes de las empresas sancionadas tienen una gran capacidad de negociación, que existe sustituibilidad del producto, que el comportamiento no pretendía limitar la libre competencia sino la supervivencia de las empresas debido a la crisis del sector. Considera que la CNC no ha valorado correctamente estas circunstancias.

Las descritas circunstancias no alteran la valoración de los hechos realizada por la CNC. El que los clientes tengan gran poder de negociación no desvirtúa la existencia de un cártel entre empresas con una importantísima cuota de mercado - en los términos descritos por la CNC -, que impide una negociación efectiva por parte de los clientes. La posible sustituibilidad del producto tampoco implica la inexistencia del cártel, pues lo cierto es que en los productos ofertados operaba el cártel. Tal sustituibilidad se reflejaría en los concretos efectos restrictivos de la competencia, pero tratándose de una conducta por objeto, los efectos no inciden sobre la calificación de la conducta.

Cierto que existía una importante crisis en el sector, pero ello no autoriza a los operadores económicos a mantenerse en el mercado mediante prácticas restrictivas de la competencia prohibidas.

Es claro que la CNC ha calificado la conducta como constitutiva de un único acuerdo que afecta a tres mercados, el de las obras de postensado, el de barras de postensado y el de la actividad de geotecnia.

No es cierto que se haya sancionado doblemente las conductas relativas al mercado del postensado, porque se ha identificado correctamente por la CNC la existencia de dos mercados de producto, el de las obras de postensados y el de las barras de postensados, productos que son distintos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Tampoco existe una incorrecta cuantificación de las obras ya que, aún cuando algunas no se llevaron a cabo, fueron objeto de reparto que es lo que constituye la práctica contraria a la libre competencia.

La duración se ha fijado en atención a la información suministrada por el solicitante de la exención y por las reuniones y comportamientos comprobados. La recurrente no ofrece elementos fácticos de los que concluir que las prácticas relativas a actividades de geotecnia y barras de postensados comenzaran en 2004.

En cuanto a la unidad económica entre la recurrente y la solicitante de la exención, que según la actora justificaría extenderle la exención, tampoco puede aceptarse. Ambas empresas se comportaron de forma independiente en el cártel, se atribuyeron obras y clientes de manera independiente, se repartieron el mercado con las restantes participantes en el cártel, también de forma independiente. No pude aceptarse por ello la existencia de una unidad económica que justifique la aplicación de la exención a la actora.

QUINTO: Debemos ahora examinar la graduación de la multa que procede imponer. Para ello es necesario analizar dos extremos, la configuración legal del porcentaje y el volumen de negocio sobre el que ha de aplicarse.

Veamos en primer lugar la dicción literal de los preceptos que determinan la sanción:

El artículo 10 de la Ley 16/1989 establece:

"1. El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7, o dejen de cumplir una condición u obligación prevista en el artículo 4.2, multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 % del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal."

Y el artículo 63 de la Ley 15/2007 determina:

"1. Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones:

a. Las infracciones leves con multa de hasta el 1 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

b. Las infracciones graves con multa de hasta el 5 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

c. Las infracciones muy graves con 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."

Analizaremos estos preceptos, idénticos entre sí en relación con las infracciones muy graves, desde los parámetros señalados.

Analizaremos la naturaleza del porcentaje del 10%.

En el ámbito del Derecho Europeo el Reglamento CEE 1/2003 determina en su artículo 23.2 :

"2. Mediante decisión, la Comisión podrá imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, de forma deliberada o por negligencia:

a) infrinjan las disposiciones del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado;

b) contravengan una decisión que ordene la adopción de medidas cautelares adoptada en virtud del artículo 8 del presente Reglamento;

c) no respeten un compromiso dotado de fuerza vinculante por decisión, con arreglo al artículo 9 del presente Reglamento.

Por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10 % del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior.

Cuando la infracción de una asociación esté relacionada con las actividades de sus miembros, la multa no podrá ser superior al 10 % del importe global del volumen de negocios total de cada uno de los miembros que opere en el mercado cuyas actividades se vean afectadas por la infracción de la asociación."

En la sentencia de 12 de diciembre de 2012 , el Tribunal General afirma:

"160 Por otro lado, se desprende igualmente de reiterada jurisprudencia que el artículo 23, apartado 2, del Reglamento nº 1/2003 no exige que en el supuesto de que se impongan multas a varias empresas implicadas

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

en una misma infracción, el importe de la multa impuesta a una empresa pequeña o mediana no sea superior, en porcentaje de volumen de negocios, al de las impuestas a las empresas más grandes. En realidad, de dicho precepto se desprende que, tanto en el caso de las empresas pequeñas o medianas como en el de las de mayor tamaño, procede tener en cuenta, para calcular el importe de la multa, la gravedad y la duración de la infracción. En la medida en que la Comisión imponga a cada una de las empresas implicadas en la misma infracción una multa que esté justificada en función de la gravedad y en la duración de la infracción, no puede reprochársele que las cuantías de las multas de algunas de ellas sean superiores, en porcentaje del volumen de negocios, a las de las otras empresas (sentencias del Tribunal de 5 de diciembre de 2006 , Westfalen Gassen Nederland/Comisión, T-303/02, Rec. p. II-4567, apartado 174 , y de 28 de abril de 2010, Gütermann y Zwicky/Comisión, T-456/05 y T-457/05 , Rec. p. II-1443, apartado 280).

161 En lo que atañe a la alegación de la demandante basada en el hecho de que el importe de la multa que se le impuso era muy cercana al límite máximo del 10 % del volumen global de negocios (véanse los apartados 152 y 153 supra) procede señalar que parece desconocer la naturaleza de este límite. En efecto, la cuantía correspondiente al 10 % del volumen global de negocios de un participante en una infracción a las normas de la competencia no es, a diferencia de lo que parece creer la demandante, una multa máxima, que sólo debe imponerse en el caso de las infracciones más graves. Según la jurisprudencia, se trata más bien de un umbral de nivelación que tiene como única consecuencia posible reducir hasta el nivel máximo autorizado el importe de la multa calculado en función de los criterios de gravedad y duración de la infracción. La aplicación de este límite permite que la empresa implicada no pague la multa que en principio le correspondería abonar en virtud de una estimación basada en tales criterios (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 47 supra, apartado 283).

162 El Tribunal de Justicia también ha declarado que este límite no prohíbe que la Comisión utilice en sus cálculos de la multa un importe intermedio superior a dicho límite. Tampoco prohíbe que las operaciones de cálculo intermedias que toman en consideración la gravedad y la duración de la infracción se realicen sobre un importe que supere dicho límite. Si resultara que, al finalizar los cálculos, el importe final de la multa debe reducirse a un nivel que no sobrepase el mencionado límite superior, el hecho de que ciertos factores, tales como la gravedad y la duración de la infracción, no repercutan de manera efectiva en el importe de la multa impuesta es una mera consecuencia de la aplicación de dicho límite superior al importe final (sentencia Dansk Rørindustri y otros/ Comisión, citada en el apartado 47 supra, apartados 278 y 279).

163 De ello se desprende que, el mero hecho de que la multa impuesta a la demandante se halle cerca del umbral del 10 % de su volumen de negocios, en tanto que el porcentaje es inferior para otros participantes en el cártel, no puede constituir una vulneración del principio de igualdad de trato o de proporcionalidad. En efecto, esa consecuencia es inherente a la interpretación del umbral del 10 % exclusivamente como un umbral de nivelación, que se aplica tras una eventual reducción del importe de la multa en razón de circunstancias atenuantes o del principio de proporcionalidad (sentencia del Tribunal de 16 de junio de 2011, Putters International/Comisión, T-211/08 , Rec. p. II-0000, apartado 74).

164 Por el mismo motivo, el mero hecho de que, debido a la aplicación de este umbral, incluso en el supuesto de una infracción todavía más grave, no se impondría a la demandante una multa significativamente superior, no demuestra que el importe de la multa que le impuso la Decisión impugnada sea desproporcionado. En todo caso, procede señalar, más generalmente, que la apreciación del carácter desproporcionado o no del importe de la multa impuesta a una empresa por una infracción de las normas de la competencia no puede realizarse sobre la base de una comparación entre la multa efectivamente impuesta y la que debería haberse impuesto por una infracción hipotéticamente más grave, puesto que se supone que las empresas han de respetar las normas de la competencia y no infringirlas. Procede señalar, además, que para justificar la tesis de que la infracción que cometió no era tan grave como habría podido serlo, la demandante reitera alegaciones que, según se desprende de los apartados 86 a 89 y 97 a 106 anteriores, deben desestimarse por infundadas."

Fuera de toda duda la prevalencia del Derecho europeo sobre el nacional en virtud de cesión de soberanía, reiteradamente declarado por el Tribunal de Luxemburgo ya desde la sentencia Costa vs Enel, y, posteriormente, sentencia Simmental y sentencia Kreil. Ahora bien, hemos de señalar desde ahora que el Reglamento CEE 1/2003 regula, en lo que nos interesa, la atribución de competencias sancionadoras a la Comisión, y desde tal presupuesto ha de entenderse la interpretación de la naturaleza del límite del 10% que realiza el Tribunal General en la sentencia parcialmente transcrita.

La prevalencia del Derecho Europeo no implica que el esquema de atribución de competencias a la Comisión en materia de Defensa de la Competencia, implique su traslado automático a los órganos nacionales de Defensa de la Competencia, dada su diferente naturaleza y ámbito de actuación:

a) Respecto a la naturaleza, no puede calificarse a la Comisión de órgano administrativo equiparable a los del Derecho español. Basta ver las funciones que le vienen atribuidas en el TFUE para sostener tal afirmación, entre otros en el artículo 289 *(El procedimiento legislativo ordinario consiste en la adopción conjunta por el Parlamento Europeo y el Consejo, a propuesta de la Comisión, de un reglamento, una directiva o una decisión),* o en el artículo 290 *(Un acto legislativo podrá delegar en la Comisión los poderes para adoptar actos no legislativos de alcance general que completen o modifiquen determinados elementos no esenciales del acto legislativo)*

b) En cuanto al ámbito de actuación, el Reglamento CEE 1/2003 determina en su artículo 4 :

"A efectos de la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, la Comisión dispondrá de las competencias previstas en el presente Reglamento."

A continuación, el Reglamento regula las competencias de la Comisión. Entre estas competencias destaca la sancionadora en los términos del artículo 23 del Reglamento.

Debemos concluir que la organización de las facultades sancionadoras y su atribución a un órgano administrativo nacional no han de coincidir, en virtud del principio de prevalencia, con el alcance y facultades que el Reglamento CEE otorga a la Comisión. Y ello resulta de dos elementos:

a) el artículo 23 atribuye las facultades sancionadoras a la Comisión sin remisión a las autoridades nacionales en cuanto a su ejercicio, y por ello la facultad de sancionar en los términos recogidos en el reglamento solo es aplicable a la Comisión;

b) No así respecto de la aplicación de las normas que configuran las infracciones en los artículos 101 y 102 del TFUE - antes 81 y 82 -, como expresamente resulta del artículo 5 del Reglamento CEE 1/2003 :

"Las autoridades de competencia de los Estados miembros son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado en asuntos concretos. A tal efecto, ya sea de oficio, ya previa denuncia de parte, podrán adoptar las decisiones siguientes:

- orden de cesación de la infracción,

- adopción de medidas cautelares,

- aceptación de compromisos,

- imposición de multas sancionadoras, de multas coercitivas o de cualquier otra sanción prevista por su Derecho nacional."

Resulta clara que la tipificación europea de las conductas contrarias a la libre competencia vinculan a las autoridades nacionales - sin perjuicio de la facultad del artículo 3 del Reglamento *"Lo dispuesto en el presente Reglamento no impedirá a los Estados miembros adoptar y aplicar en sus respectivos territorios legislaciones nacionales más estrictas en virtud de las cuales se prohíban o penalicen con sanciones determinados comportamientos que las empresas adopten de forma unilateral."* -; pero también resulta claro que la imposición de las multas sancionadoras se rige por el Derecho nacional.

Así cosas, la interpretación de la naturaleza del límite del 10% de sanción a que se refieren los artículos 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007 , ha de hacerse conforme a la legislación nacional española; y a tal efecto, es esencial la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de legalidad consagrado en el artículo 25 de la Constitución .

En este punto hemos de recordar lo dicho en la sentencia del TC 100/2003, de 2 de junio de 2003 :

"El punto de partida de esta síntesis ha de ser la doctrina expresada por la STC 42/1987, de 7 de abril . En esta Sentencia se dice lo siguiente respecto del contenido del art. 25.1 CE : «El derecho fundamental así enunciado incorpora la regla nullum crimen nulla poena sine lege, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía.

La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término 'legislación vigente' contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora» (loc. cit., FJ 2). Recientemente hemos hecho hincapié en esta doble garantía en las SSTC 133/1999, de 15 de julio, FJ 2 ; 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 6 ; 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4 ; 75/2002, de 8 de abril, FJ 4 ; y 113/2002, de 9 de mayo , FJ 3.

En lo que ahora estrictamente interesa debemos señalar que, supuesta la vinculación de la garantía material con el principio de seguridad jurídica, este Tribunal ha precisado que incorpora el mandato de taxatividad o de lex certa, «que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones» (entre otras, SSTC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3 , y 123/2001, de 4 de junio , FJ 11). Con ello hemos puesto el acento en la consideración de dicho mandato como una garantía de la denominada vertiente subjetiva de la seguridad jurídica (según la expresión utilizada en las SSTC 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 11 , y 196/2002, de 28 de octubre , FJ 5), lo que hace recaer sobre el legislador el deber de configurar las leyes sancionadoras con el «máximo esfuerzo posible» [STC 62/1982, de 15 de octubre , FJ 7 c)] para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones. En palabras de la STC 116/1993, de 29 de marzo , FJ 3, la garantía material lleva consigo la exigencia de que la norma punitiva permita «predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa» [en los mismos o parecidos términos, SSTC 53/1994, de 24 de febrero , FJ 4 a); 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3 ; 124/2000, de 19 de julio, FJ 4 ; y 113/2002, de 9 de mayo , FJ 3]. Observada desde su envés, esta garantía conlleva la inadmisibilidad de «formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador» (STC 34/1996, de 11 de marzo , FJ 5)."

La certeza implica una determinación clara en cuanto a la sanción aplicable, estableciendo, al menos, un mínimo y un máximo, que permita graduar la sanción administrativa, ya sea aplicando, con especialidades, los criterios del Código Penal.

En cuanto a la reserva de Ley en la determinación de las sanciones administrativas, continua la citada sentencia:

"Se abre así la posibilidad de que las leyes se remitan a normas reglamentarias en este ámbito, con el límite infranqueable, en todo caso, de que dicha remisión no facilite «una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley» (SSTC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2 ; 101/1988, de 8 de junio, FJ 3 ; 61/1990, de 29 de marzo, FJ 8 ; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10 ; y 25/2002, de 11 de febrero , FJ 4). En definitiva, según se destaca en la STC 113/2002, de 9 de mayo , FJ 3, reiterando lo ya dicho en el fundamento jurídico 3 de la STC 305/1993, de 25 de octubre , «el art. 25 de la Constitución obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones que les sean de aplicación, sin que sea posible que, a partir de la Constitución, se puedan tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de Ley»."

Por ello, los criterios de la CNC en cuanto a la aplicación de las sanciones, puede alcanzar a una graduación dentro de la previsión legal, lo que el TC denomina *"cuadro de las existentes"*.

Interpretar los artículos 10 y 63 en el sentido de que el 10% del volumen de negocios opera exclusivamente como límite a la cuantificación de las sanciones que la CNC pueda imponer, de suerte que tal órgano administrativo es libre de aplicar cualesquiera porcentajes sobre el valor de las ventas de los bienes y servicios en relación directa o indirecta con la infracción, contradice frontalmente el principio de Lex certa y reserva legal, respecto de las sanciones administrativas que recoge el artículo 25 de la Constitución en la interpretación que de este precepto nos da el TC.

La literalidad de los artículos 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007 , permite su interpretación según los parámetros señalados por el TC, lo que hace improcedente plantear la cuestión de inconstitucionalidad de la Ley, solo posible cuando la norma legal no permita una interpretación conforme a la Constitución.

En conclusión hemos de señalar:

a) Una interpretación del límite del 10% conforme a la Constitución, exige entender que el mínimo de la sanción será el 0% y el máximo el 10% debiendo graduarse la multa dentro de esta escala, según las agravantes y atenuantes concurrentes, valorando su duración y gravedad, desde la perspectiva de la escala establecida por el legislador de 2007, respecto de las infracciones leves - hasta el 1% -, de las graves - hasta el 5% -, y de las muy graves - hasta el 10% -. Nada impide que las respectivas multas se fijen en atención a toda la escala, pero razonando en cada caso la concreta gravedad en la conducta de cada infractor que justifique la fijación del concreto porcentaje.

b) Las amplias facultades que el Reglamento CEE 1/2003 otorga a la Comisión en la graduación de las sanciones, no son trasladables a la CNC, de una parte, porque el Derecho Europeo no se las concede, de otra parte, porque el Derecho español lo impide por rango constitucional, y, por último, porque no existe semejanza entre la naturaleza jurídica de la Comisión y de la CNC.

La Disposición Adicional Tercera de la Ley 15/2007 dispone:

"La Comisión Nacional de la Competencia podrá publicar Comunicaciones aclarando los principios que guían su actuación en aplicación de la presente Ley. En particular, las Comunicaciones referentes a los artículos 1 a 3 de esta Ley se publicarán oído el Consejo de Defensa de la Competencia."

Del contenido anterior, se concluye que la CNC en sus comunicaciones puede aclarar los principios que guían su actuación en aplicación de la Ley, pero ello no implica una habilitación para fijar las sanciones.

Por ello la Sala ha concluido en otros recursos en los que se planteaba el actual problema, que el límite del 10% es el máximo de la sanción que puede imponerse, y no, como se ha discutido, y a ello hace referencia la respuesta del Sr. Abogado del Estado a la cuestión planteada por la Sala; un umbral de nivelación que fija el máximo al que puede ascender la sanción, porque tal interpretación, implica necesariamente que la Ley no ha fijado la escala de sanciones, lo que sería contrario al principio de reserva legal establecido en el artículo 25 de la Constitución , en los términos examinados.

La única interpretación conforme a la Constitución, es admitir que el artículo 63 de la Ley 15/2007 - y antes el 10 de la Ley 16/1989 -, fijan una escala de sanciones y no tan sólo un umbral de nivelación que dejaría huérfana de regulación legal las sanciones aplicables.

En este sentido se expresó la sentencia del TS de 6 de marzo de 2003 al señalar que no se observaba vicio de inconstitucionalidad en el artículo 10 de la Ley 16/1989 , pues entendió que tal artículo señalaba el máximo de multa pecuniaria, y admitía la posibilidad de una graduación razonada atendiendo también a los criterios legalmente establecidos.

NOVENO: Resuelta la naturaleza del límite del 10%, hemos de determinar sobre la base que ha de aplicarse.

El artículo 10 de la Ley 16/1989 determinaba:

" *... multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 % del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal."*

El artículo 63 de la Ley 15/2007 :

" *Las infracciones muy graves con 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."*

Queda fuera de duda el parámetro temporal dada la claridad de los preceptos *ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa,* la referencia lo es al volumen de negocios del año anterior a la fecha de la Resolución de la CNC.

Se plantean, sin embargo, problemas de interpretación en el concepto "*... volumen de ventas...*" o "*... volumen de negocios total...*" : y ello, porque la empresa infractora puede realizar actividades económicas variadas, o, lo que es lo mismo, operar en distintos sectores económicos. Es necesario determinar si el volumen de negocios lo es en todas las actividades económicas, tengan o no relación con la infracción, que realice la empresa infractora.

Desde este punto de vista cabe entender que volumen de negocios total, viene referido a la total actividad económica de la empresa infractora en todas sus ramas de actividad, o el volumen de negocios total en la rama de actividad en la que se ha producido la infracción.

Para determinar el sentido de la norma atenderemos:

a) la proporcionalidad: tomar las totales actividades de la empresa, aún aquellas ajenas al ámbito de la infracción, no es proporcional a la infracción reprimida,

b) finalidad de la norma: consiste en la reprensión de las conductas contrarias a la libre competencia, en el ámbito donde se produzcan, y

c) ámbito de la vulneración: el sector afectado por la conducta es el parámetro de protección de la libre competencia.

Todo ello nos lleva a concluir que el volumen de negocios total sobre el que ha de aplicarse el porcentaje para determinar la cuantía de la multa, ha de venir referido al ámbito de actividad económica de la empresa, en el que se ha producido la infracción, esto es, al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción.

Este es también el criterio seguido por la Comisión al que se refiere la sentencia de 12 de diciembre de 2012 del Tribunal General antes citada:

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

"21 En primer lugar, la Comisión determina un importe de base para cada empresa o asociación de empresas. A tal efecto, la Comisión utiliza el valor de las ventas de bienes o de servicios realizadas por la empresa, en relación directa o indirecta con la infracción, en el sector geográfico correspondiente (apartado 13). El importe de base de la multa se vincula a una proporción del valor de las ventas, determinada en función del grado de gravedad de la infracción, multiplicada por el número de años de infracción (apartado 19). Los períodos de más de seis meses pero de menos de un año se cuentan como un año completo (apartado 24). Por regla general, la proporción del valor de las ventas que se tendrá en cuenta puede alcanzar hasta el 30 % (apartado 21)."

La vinculación del valor de las ventas de bienes o servicios en relación directa o indirecta con la infracción en el sector geográfico correspondiente, es precisamente el parámetro establecido para la determinación de las sanciones que deben imponerse, pero como en nuestro Derecho esas sanciones han de venir establecidas por la Ley - y el Reglamento CEE 1/2003, en su artículo 5 remite la imposición de las sanciones al Derecho interno -, el parámetro del mercado afectado directa o indirectamente por la infracción ha de venir referido al cuadro de sanciones del artículo 63 de la Ley 15/2007 .

El artículo 3 del Código Civil establece:

"1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas."

El criterio gramatical no es suficiente para resolver el problema, pues el precepto de aplicación se refiere al *volumen de negocios total de la empresa infractora* , pero sin especificar a) si el volumen de negocios total lo es en todas las ramas de actividad o tan sólo en la afectada, b) si el concepto de empresa viene referido a la "unidad patrimonial autónoma y compleja" a través de la cual se realiza la actividad económica, a la personalidad jurídica de la entidad infractora o al grupo empresarial en que se integra de existir éste. Lo que resulta claro, es que se excluye de la base para la imposición de la sanción el concepto de volumen de operaciones afectadas por la infracción, pues el concepto de "volumen de negocios total" no puede incluir tan solo las operaciones afectadas por la infracción sino que ha de ser más amplio, precisamente porque se señala el término "total"

No es el criterio gramatical suficiente para solucionar el problema jurídico que se plantea, pues los conceptos que contiene el precepto admiten, desde el punto de vista jurídico, diversas acepciones y delimitaciones; por tal razón hemos acudido "al espíritu y finalidad" de la norma para la delimitación del concepto que encierra y que es, precisamente, la base sobre la que debe aplicarse la sanción.

Por último, hemos de señalar, de una parte, que la interpretación normativa ha de venir resuelta por parámetros de prevalencia del Derecho europeo y de constitucionalidad en primer término, que deben operar con preferencia a la voluntad del legislador, pues tanto el Derecho Europeo como la Constitución son normas prevalente a las de rango de Ley. De otra parte, el supuesto en que una empresa haya cesado en su actividad con anterioridad al año anterior a la Resolución de la CNC, es irrelevante, pues en tal caso, tampoco podría aplicarse el 10% como umbral de nivelación, y, en todo caso, el criterio temporal de la norma es claro.

Aplicando esta doctrina al caso de autos, el máximo de la sanción lo es el 10% del volumen de negocios del ejercicio anterior, en el ámbito en el que se produjo la infracción.

DECIMO : La recurrente analiza los criterios legales para la graduación de la sanción. El artículo 64 de la Ley 15/2007 establece:

"1. El importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios:

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.

2. Para fijar el importe de las sanciones se tendrán en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias agravantes:

a) La comisión repetida de infracciones tipificadas en la presente Ley.

b) La posición de responsable o instigador de la infracción.

c) La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas.

d) La falta de colaboración u obstrucción de la labor inspectora, sin perjuicio de la posible consideración como infracción independiente según lo previsto en el artículo 62.

3. Para fijar el importe de la sanción se tendrán en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias atenuantes:

a) La realización de actuaciones que pongan fin a la infracción.

b) La no aplicación efectiva de las conductas prohibidas.

c) La realización de actuaciones tendentes a reparar el daño causado.

d) La colaboración activa y efectiva con la Comisión Nacional de la Competencia llevada a cabo fuera de los supuestos de exención y de reducción del importe de la multa regulados en los artículos 65 y 66 de esta Ley."

El mercado geográfico afectado es todo el territorio nacional, las empresas implicadas tienen una altísima cuota de mercado, la práctica fue duradera en el tiempo, la recurrente participó de forma activa en el cártel desde sus orígenes y hasta su finalización, y participó en los medios desarrollados para la efectividad del mismo.

Estas circunstancias justifican la imposición de la sanción en su grado máximo, el 10%. Ahora bien, la base que la CNC ha tomado para la aplicación de la sanción no es correcta.

Hemos dicho anteriormente que el volumen de negocio que debe considerarse lo es el correspondiente al mercado geográfico y de producto. El mercado geográfico es el español pues en tal área geográfica se realizaron las conductas sancionadas y el mercado de producto lo es los contratos de postensado, las barras de postensado y la actividad de geotecnia, lo cual resulta de la Resolución y de la certificación remitida por la CNMC en periodo de prueba.

De las cuentas anuales correspondientes a 2011 - año que debe considerarse al ser el anterior a la fecha de la Resolución -, debidamente auditadas, se concluye que la cifra de negocio correspondiente a la actora, en el mercado de producto, contratos de postensado, las barras de postensado y la actividad de geotecnia, y en el mercado geográfico, España, es de 5.401.167,59 euros; por lo que la sanción ha de graduarse en el 10% de tal cifra, esto es 540.116 euros.

De lo expuesto resulta la estimación parcial del recurso.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, dado el resultado del presente recurso, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que **estimando parcialmente** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **Mekano 4 S.A.** , y en su nombre y representación la Procuradora Sra. Dª María Consuelo Rodríguez Chacón, frente a la **Administración del Estado** , dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 2 de agosto de 2012** , debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en cuanto a la sanción de multa impuesta a la recurrente, y en consecuencia **debemos anularla** y la **anulamos** en este extremo dejando sin efecto la multa impuesta a la recurrente, **fijando** dicha multa en la suma de 540.116 euros (quinientos cuarenta mil ciento dieciséis euros), **confirmando** la Resolución en sus restantes pronunciamientos, sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985 , y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ