

Roj: **SAN 3431/2014 - ECLI: ES:AN:2014:3431**

Id Cendoj: **28079230062014100434**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **21/07/2014**

Nº de Recurso: **425/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **JAVIER EUGENIO LOPEZ CANDELA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a veintiuno 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 **CTT STRONGHOLD S.A.**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. D. ANÍBAL BORDALLO HUIDOBRO, siendo asistida por la letrada D^a. Carmen Campo Fanlo, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, siendo codemandada DYWIDAG, representada por el Procurador Sr. D. Manuel Lanchares Perlado, y asistida por el letrado Sr. Oriol Armengol, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 2 de agosto de 2012**, relativa a sanción, y la cuantía del presente recurso 2.426.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por la actora en fecha 20 de septiembre de 2.012, y en su nombre y representación el Procurador Sr. D. Aníbal Bordallo Huidobro, frente a la Administración del Estado (Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia), 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, que impone a la actora la sanción de multa de 2.426.000 euros.

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 la anulación de la resolución impugnada, o la reducción de la cuantía de la multa en los términos solicitados.

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 solicitando la confirmación de la resolución impugnada.

TERCERO : Evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 17 de diciembre de 2.013. Dicho señalamiento quedó sin efecto, al objeto de que se resolviese conjuntamente con otros recursos contencioso-administrativos interpuestos contra la misma resolución impugnada, procediendo al nuevo señalamiento para el día 8 de julio de 2.014 una vez que alcanzaron el mismo estado procesal.

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, que impone a la actora la sanción de multa de 2.426.000 euros por infracción del Artículo 1 de la Ley 15 /2007 de Defensa de la Competencia.

La Resolución impugnada determina en su parte dispositiva, en lo que ahora interesa:

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 ...

2.- CTT STRONGHOLD S.A, a la que se le impone una sanción de 2.426.000€ (DOS MILLONES CUATROCIENTOS VEINTISÉIS MIL EUROS)...."

SEGUNDO.- Son hechos acreditados en autos, que se deducen de la documental que consta en el expediente administrativo los que a continuación se exponen, aceptándose los expuestos en la resolución impugnada, al margen de lo que expongamos en ulteriores fundamentos de derecho, en virtud de 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:

1.- En virtud de la solicitud de exención formulada por la entidad DSC y la documentación aportada la Dirección de Investigación practicó en fecha 17 de junio de 2.010 inspecciones en las sedes de Madrid y Barcelona de las empresas Dmekano 4, freyssinet, VSL-SPAM y CTT.

2.-En fecha 26 de julio de 2.010 se incoa expediente sancionador contra la recurrente y otras empresas. En fecha 10.12.2010 se incorpora la documentación obrante en la información recabada en las inspecciones practicadas.

3.- En fecha 22 de febrero de 2.011 se recaba información a las empresas sobre su estructura de propiedad y control, entre otros datos.

4.- El pliego de concreción de hechos se notifica el 23 de agosto de 2.011. la instrucción se cierra el 29.11.2011.

5.- En fecha 5.12.2011 se dicta propuesta de resolución frente a la que la actora formuló sus alegaciones.

6.- En fecha 6.6.2012 se remitió información a la Comisión europea. El 18 de junio de 2.012 el Consejo solicitó a las partes información adicional sobre su volumen de negocios. En fecha 2 de agosto de 2.012 se dicta la resolución impugnada.

La CNC imputa a la actora los siguientes hechos:

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,.

II.Reparto de clientes en suministro de barras de postensado desde 2000 hasta el momento de realizarse las inspecciones.

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...

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 frecuentes 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 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/preensado, 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 preensado, 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 preensado", 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..."

Dicho acuerdo en el ámbito del postensado -elementos que aumentan la capacidad de resistencia del hormigón- incluía a un número de empresas que suponían una cuota del 80% del mercado.

TERCERO.- Por consiguiente, a la vista de todo lo expuesto ha quedado acreditada la participación de la actora, teniendo en cuenta que los documentos de la solicitud de clemencia se han visto corroborados por lo que resulta de la restante documental a la que hemos hecho referencia, de modo que aquélla, que dio origen a la información reservada, no constituye, por sí sola, la prueba única de la participación de la actora, más allá de los móviles perseguidos por la solicitud de clemencia, respetándose así la Jurisprudencia del Tribunal de la Unión Europea (St de 16.6.2011, asunto Heincken).

Existe, por tanto, indicios suficientes de la comisión de la infracción y participación de la recurrente, como son los correos electrónicos de fecha 17.3.2005 (folios 7265, 7266), 13.4.2005 y 18.4.2005 (f.7275-7276), 21 y 26 de enero de 2.010 (folio 4578 a 4581), -entre otros correos en los que por la actora intervenía Evelio , Felix o Genaro -, cobrando entonces relevancia, las documentos que derivan de dicha declaración de clemencia, ya como verdadera prueba indiciaria, añadida a la anterior, debiéndose recordar que la utilización de la prueba de indicios ha sido admitida en el ámbito del derecho de la competencia por el Tribunal Supremo, ya en sentencias

de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 , 26 de octubre de 1998 y 28 de enero de 1999 , entre otras. Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, conforme exige la LEC 1/2000 (art.386.1), y ello concurre en el presente caso.

Aunque esencialmente dicha prueba recae sobre notas manuscritas lo cierto es que también alcanzan al responsable comercial de CTT, figurando tablas de reparto de obras y los correos electrónicos mencionados.

No se trataba sólo de intercambiar información o "benchmarking" sobre obras, como indica la actora sino de preparar las reuniones para repartirse el mercado o los clientes. Por otro lado, de la resolución impugnada no se deduce la inidoneidad de la conducta para afectar al mercado. Que las constructoras sean las que tengan la última palabra o los márgenes de beneficios sean escasos no permiten desconocer que la conducta de reparto de los clientes o de los contratistas es de por sí anticompetitiva por su objeto, y conforme a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión europea es irrelevante sus efectos sobre el mercado, o el cierre del mismo, o que la recurrente no haya obtenido un beneficio ilícito (STJUE de 13-12-12, asunto 226/11 , 20-11-08, asunto C- 209/07 y 4-6-09, asunto C-8/2008 , que recoge la STS 19-3-2014, Rº 1216/2011).

También discrepa la actora, con carácter subsidiario respecto del tiempo de duración de la conducta anticompetitiva al considerar que no existe prueba de que haya tenido lugar con anterioridad a 2.004. Este motivo ha de ser desestimado, en la medida en que el recurrente admite que la prueba de la imputación con anterioridad a 2.004 se basa en la información obtenida en la solicitud de clemencia, por lo que dicha prueba por sí sola es suficiente, si ha venido acompañada por el resto de pruebas obtenidas de las inspecciones practicadas, aunque sean respecto de un período posterior, dado que admitiendo la veracidad de aquélla tal como se ha expuesto no hay razón para excluir un período de tiempo a que también se refiere la misma. Y respecto a la imputación posterior a 2.009 que niega la recurrente los correos electrónicos antes mencionados de 2.010 justificarían la duración de la participación aludida en la resolución impugnada.

En relación con este último motivo también se invoca que las obras contabilizadas son menos y en menor cuantía que las indicadas en la propuesta de resolución. Aun siendo ello cierto no puede desconocerse la gravedad de la conducta anticompetitiva que en conjunto, alcanzaba a una cuota de mercado del 80%, aunque la recurrente, tal como expresa aluda tener un 14% de la misma, pero lo cierto es que no puede negarse la diversidad de las empresas participantes que en conjunto alcanzan un elevado número de las obras, siendo indiferente esta cuantificación sobre sus efectos en el mercado, si se trata, como hemos visto, de restricciones por objeto que tampoco tienen por qué conllevar el cierre del mercado.

Y en cuanto al alcance comunitario del cártel, conforme al art.101 del TUE , lo cierto es que la resolución impugnada no ha tenido en cuenta sólo la construcción de la obra "Adriático", sino otros datos incluso más relevantes, como los clientes, que tienen un alcance europeo, siendo Europa el mayor destino de las exportaciones, además de que se trata de empresas filiales de grupos europeos (f.159 de la resolución).

CUARTO.- En el siguiente motivo se invoca que resulta aplicable la Ley 16/89, más favorable porque permitía establecer una sanción máxima de 901.518,16 €, siendo así que conforme al principio de individualización de la pena, para quien no se beneficia del programa de clemencia le es más favorable aquella ley. Lo cierto es que con independencia de cuál es o no la ley más favorable, una y otra contemplan como límite máximo sancionador el 10% del volumen total de negocios (art. 63.1.c, Ley 15/2007 , y art.10.1 de la Ley 16/89), por lo que no puede decirse que la aplicación de la Ley 15/2007 haya resultado menos favorable, sobre todo, si conforme a lo que exponemos en cuanto a la proporcionalidad de la sanción y es criterio de la Sala no resultará de aplicación el 15% del volumen afectado por la infracción en todo el período comprendido.

QUINTO .- A continuación se invoca el principio de proporcionalidad de las sanciones, exigido por el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre . Para ello debemos partir de la base de que la resolución impugnada ha aplicado a la recurrente la sanción del 15% del volumen del mercado afectado en los ejercicios imputados, 1996 a 2.010, por ser inferior al 10% de la cifra total de negocios del ejercicio 2.011, y ello conforme a lo que en relación con el art.63.1.c ha interpretado la Sala en recientes sentencias tales como la de 17.6.2013, recurso 673/2011 , o 21.3.2013, recurso 699/2011 .

En este sentido, la actora, además de recordar la doctrina de la Sala sobre la invocación del principio de proporcionalidad, aduce diferentes motivos para impugnar la proporcionalidad de la sanción.

A este respecto debe traerse a colación la doctrina de esta Sala sobre esta cuestión recogida en la sentencia de fecha 6 de marzo de 2.013, recurso 619/2010 , en la que se indicaba:

"OCTAVO: 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.

Hemos de señalar desde ahora que, si bien la actora no plantea la cuestión en los términos en que va a ser analizada, lo cierto es que expresamente alega falta de proporcionalidad en la sanción impuesta, lo que implica necesariamente un juicio previo tanto de la mecánica en la graduación del porcentaje a aplicar, como la el volumen de negocio sobre la que ha de aplicarse. No entendemos por ello necesario someter a las partes tales cuestiones, pues constituyen el análisis de una alegación formulada en la demanda, cual es la proporcionalidad de la sanción, desde el principio *iura novit curia*.

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 aquéllas 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, idéntico 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 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 *Simmenthal* 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 o volumen de negocio 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.

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 represión 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:

"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)."

Aplicando esta doctrina al caso de autos, el máximo de la sanción lo es el 10% de las ventas o volumen de negocio del ejercicio anterior, en el ámbito en el que se produjo la infracción - en este caso en la exportación -. Toda vez que la responsabilidad se exige por culpa o negligencia y que esta es leve, la duración de la conducta de la recurrente breve y su participación muy escasa, la multa debe imponerse en la parte inferior del grado mínimo. Corresponde imponer el 2.5% del volumen de ventas o negocio en el ámbito de la exportación, en los términos señalados por la CNC, en el ejercicio anterior a la fecha de la Resolución.

De lo expuesto resulta la estimación parcial del recurso, en cuanto la conducta enjuiciada es contraria a la libre competencia, pero la sanción impuesta ha de ser atenuada...

Aplicando dicha doctrina, procedería la estimación parcial del recurso, en el sentido de aplicar la cifra correspondiente del volumen de mercado afectado en el ejercicio anterior al de la fecha de la resolución, esto es, el ejercicio 2011. Y que estimamos en el 8%, dada la mayor participación de la recurrente en la producción de los hechos desde sus orígenes y hasta su finalización, aunque no fuese piloto, y participó en los medios desarrollados para la efectividad del mismo y que alcanza a la conducta de reparto de contratos y clientes de postensado y suministro de barras de postensado en España, conforme a lo previsto en el fundamento de derecho segundo, tal como se expresa la propia resolución impugnada.

Respecto de la situación de crisis económica que atraviesa la recurrente lo cierto es que no debe ser tenida en cuenta, conforme a la doctrina de esta Sala, pues la misma ha resultado ser posterior a la de la conducta antijurídica, sin que tenga eficacia suficiente para minusvalorar la gravedad de la misma, además de que es preciso que se acredite especialmente dicha situación de afectación a la economía de la empresa (STJUE de 29.6.2006, 2.7.2002, asunto C-499/99 o 15.1.1986, asunto Comisión/Bélgica y de esta Sala de 23.6.2014, recurso 195/13, o 1.10.2013, recurso 688/2011).

También rechaza la recurrente la cifra de negocios apreciada por la resolución de la CNC, en la medida en que no se ha tenido en cuenta la cifra indicada por la actora en folio nº19666, y en cuantía de 16.093.649,04 euros. Y en este sentido ha de darse la razón a la actora, en cuanto alega arbitrariedad, falta de motivación y vulneración

de los principios de buena administración a la hora de considerar la cifra sancionadora, en la medida en que la resolución impugnada, pese a lo expresado en el folio 163 de excluir a las matrices se desconoce, a ciencia cierta, si ha tenido en cuenta o no la cifra de negocios de la matriz, VSL Internacional y Acciona, pues los términos de la misma no ofrecen la claridad suficiente. En cualquier caso, deduciéndose que el Consejo de la CNC, a diferencia de la DI, que no ha querido incluir las matrices (folio 159), dado que no tienen un dominio efectivo sobre CTT debe aplicarse un porcentaje del 8% del volumen del mercado afectado en España en 2.011 de la recurrente en el ámbito del postensado tal como hemos expuesto, lo que deberá ser tenido en cuenta por la Administración demandada conforme a lo establecido en este fundamento de derecho, realizando las comprobaciones oportunas, lo que incluye la posibilidad de valorar las cuentas depositadas en el Registro Mercantil.

En consecuencia, por todas las razones expuestas, procede la estimación del recurso contencioso-administrativo que formula la recurrente con carácter parcial, anulándose la resolución impugnada en los términos expresados en el presente fundamento de derecho, y debiéndose dictar otra en ejecución de sentencia que tenga en cuenta lo establecido en este fundamento de derecho.

SEXTO.- Conforme al art. 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa 29/1998 en su redacción dada por la Ley 37/2011, al haberse estimado parcialmente el recurso contencioso-administrativo, no procede realizar condena alguna en cuanto a las costas procesales.

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

FALLAMOS

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Sexta, ha decidido:

1º.- ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por **CTT STRONGHOLD S.A**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. D. ANÍBAL BORDALLO HUIDOBRO, 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**, y en consecuencia, anulamos la misma, en los términos establecidos en el fundamento de derecho quinto .

2º.- DESESTIMAR

el recurso contencioso-administrativo en cuanto a lo demás que solicita la recurrente .

3º.- No ha lugar a hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas procesales .

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación ordinario, por lo que no resulta firme, pudiéndose preparar recurso de casación en el plazo de diez días siguientes al de su notificación, 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.

PUBLICACIÓN Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, Ilmo. Sr. D. JAVIER EUGENIO LOPEZ CANDELA estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo Doy fe.