



Roj: **SAN 767/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:767**

Id Cendoj: **28079230062017100061**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **03/03/2017**

Nº de Recurso: **573/2012**

Nº de Resolución: **95/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000573 / 2012

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 07315/2012

Demandante: FREYSSINET, S.A.

Procurador: D^a MARÍA GLORIA MESSA TEICHMAN

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Codemandado: DYWIDAG SISTEMAS CONSTRUCTIVOS, S.A

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

S E N T E N C I A N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a tres de marzo de dos mil diecisiete.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 573/12 promovido por la Procuradora D^a María Gloria Messa Teichman en nombre y representación de **FREYSSINET, S.A.**, contra la resolución de 2 de agosto de 2012, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por la comisión de una infracción única y continuada tipificada en los artículos 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101 del TFUE. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado, e intervenido como codemandada la entidad DYWIDAG SISTEMAS CONSTRUCTIVOS, S.A, representada por el Procurador D. Manuel Lanchares Perlado.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que:

"1) Declare la no conformidad a Derecho de la Resolución impugnada, anulándola.

ii) Subsidiariamente, respecto lo pretendido en el número 1 anterior, modifique la Resolución impugnada, declarando que no corresponde imponer sanción alguna a mi representada.

iii) Subsidiariamente respecto lo pretendido en los números 1 y 2 anteriores, declare la no conformidad a Derecho de la Resolución impugnada y reduzca la multa impuesta a mi representada de conformidad con lo señalado en el Fundamento de Derecho Segundo del presente escrito, considerando en todo caso no aplicable lo establecido en el Dispositivo Segundo de la resolución impugnada. iv) En todo caso, declare que el derecho de mi representada a la devolución de los gastos derivados del cumplimiento de lo previsto en la parte dispositiva de la Resolución impugnada, incluidos los derivados del aval constituido en garantía del pago de la sanción en virtud del Auto de esta Sala de 15 de febrero de 2013, con los intereses correspondientes, y condene a la Administración a su abono. v) En todo caso, condene a la Administración a publicar a su costa el fallo de la Sentencia estimatoria que se dicte, en el plazo de dos meses desde que dicha Sentencia sea dictada. vi) Condene en costas a la Administración demandada".

SEGUNDO .- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO .- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 14 de diciembre de 2016, reiterándose su deliberación en sesiones de 8 y 23 de enero y 15 febrero de 2017.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución dictada con fecha 2 de agosto de 2012 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente S/0287/10 Postensado y Geotecnia, cuya parte dispositiva era del siguiente tenor literal:

"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 cartel, tal y como se ha razonado en el FD sexto, y por tanto esta conducta colusoria se califica, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la LDC.

Segundo.- Como autores de esta infracción responden, como responsables de la misma, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 61 de la LDC:

1.- BBR Pretensados y Técnicas Especiales, a la que se impone una sanción de 2.640.000 € (DOS MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA MIL EUROS).

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

3.- Dywidag Sistemas Constructivos, S.A. a la que se le impone una sanción de 5.228.000 € (CINCO MILLONES DOSCIENTAS VEINTIOCHO MIL EUROS).

4.- Freyssinet S.A., a la que se le impone una sanción de 2.805.000 € (DOS MILLONES OCHOCIENTOS CINCO MIL EUROS).

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

6.-Técnicas del Pretensado y Servicios Auxiliares, S.L. a la que se le impone una sanción de 1.957.000 € (UN MILLON NOVECIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL EUROS)



7.- VSL-SPAM, S.A. a la que se le impone una sanción de 384.000€ (TRESCIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL EUROS).

Tercero. Eximir del pago de la multa a Dywidag Sistemas Constructivos, S.A. y solidariamente a su matriz DSI INTERNATIONAL, S.A.R.L., de conformidad con el artículo 65.1.a) de la LDC y el artículo 47.1 del RDC, al aportar dicha empresa en su solicitud de exención elementos de prueba que, a juicio de la DI y de este Consejo de la CNC permitieron ordenar el desarrollo de una inspección en relación con el cartel descrito en la citada solicitud de exención presentada por dicha empresa.

Cuarto. Las empresas anteriores justificaran ante la Dirección de Investigación de la CNC el cumplimiento de la obligación impuesta en el resuelve segundo.

Quinto. Se insta a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide el cumplimiento íntegro de esta Resolución".

Antes de comenzar el análisis del recurso presentado por la entidad aquí actora, FREYSSINET, S.A., ha de hacerse una breve reseña sobre la situación procesal de los recursos interpuestos por el resto de las entidades sancionadas y que se han seguido ante esta misma Sala, al resultar los pronunciamientos recaídos en los mismos, no solo en esta instancia, sino también en casación, como veremos, de evidente relevancia para el fallo que haya de dictarse ahora.

Así, dicha situación procesal es, para cada uno de los sancionados, la siguiente:

- BBR Pretensados y Técnicas Especiales: recurso 424/12, sentencia Audiencia Nacional de 22 de julio de 2014 . Sentencia Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2015 .

- MEKANO4, S.A.: recurso 423/12, sentencia Audiencia Nacional de 14 de julio de 2014 . Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2015 .

- CTT Stronghold, S.A.: recurso 425/12, sentencia Audiencia Nacional de 21 de julio de 2014 . Auto Tribunal Supremo de 9 de abril de 2015 , que declaró la inadmisión del recurso de casación.

- VSL-SPAM, S.A.: recurso 458/12, sentencia Audiencia Nacional de 21 de julio de 2014 . Firme.

- Técnicas del Pretensado y Servicios Auxiliares, S.L.: recurso 426/12, sentencia Audiencia Nacional 21 de julio de 2014 . Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2015 .

En las sentencias dictadas por esta Sala se hace una prolija descripción de los hechos determinantes de las sanciones impuestas, que se consideraron acreditados a la vista de los documentos incorporados al expediente administrativo, y que han de entenderse igualmente justificados en este caso.

Reproducimos en este punto el relato de antecedentes recogido en la sentencia de 22 de julio de 2014, dictada en el recurso 424/12 , seguido a instancia de BBR Pretensados y Técnicas Especiales, y trasladable al presente supuesto:

"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 exponamos 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 de Mekano 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".



Como en el caso de BBR Pretensados y Técnicas Especiales, S.L., la CNC imputaba a la actora el "Reparto de los contratos de sistemas depostensados desde, al menos, 1996 hasta la realización de las inspecciones de 17 de junio de 2010", refiriéndose además, en el caso de FREYSSINET, a la "... intención manifestada por dicha empresa en participar en los acuerdos de reparto de contratos de suministro de barras".

La citada sentencia de 22 de julio de 2014, recurso 424/12, hace las consideraciones siguientes en relación a la resolución sancionadora, los hechos en que sustenta y la participación de las sancionadas en los mismos, que resultan también del todo aplicables al presente caso:

"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 depostensado 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 depostensado 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 depostensado), 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 depostensado, se afirma en la Resolución:

"El propósito del cártel en depostensado era repartir entre las 6 empresas participantes en el cártel -Freyssinet, CTT, Mekano4, DSC, Tecpresa y BBR- los contratos de sistemas depostensado. 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 depostensado 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 depostensado para conocer sus precios y así preparar sus ofertas, incluyendo estos servicios depostensado. Por medio de estos contactos previos, las empresas del cártel contactadas informaban a las demás empresas participantes en el cártel de estos potenciales subcontratos depostensado. En el caso de obra pública, dado que conforme a las normas de contratación pública estos contratos se anuncian públicamente, los potenciales subcontratos depostensado 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 40 reuniones del cártel en el ámbito depostensado desde 1999 hasta prácticamente la realización de las inspecciones por la CNC el 17 de junio de 2010.

Y en cuanto al mercado las conductas objeto de este expediente se desarrollan en dos mercados relacionados con la obra civil: el mercado de sistemas depostensado y el mercado de sistemas de geotecnia. En ambos casos, las conductas se circunscriben a los productos comercializados en el mercado español.

El postensado, que es el que aquí interesa, por ser este en el que exclusivamente operaba la actora, 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.

Y por lo que respecta a la operativa del reparto de obras, éste se realizaba en las reuniones del cártel a través de los listados de obras conformados en las diferentes reuniones del cártel y actualizados a través del intercambio de información entre las empresas del cártel y en los que se reflejan las obras a repartir, a qué empresa se adjudica y qué oferta realizará cada empresa, de manera que sea finalmente adjudicada la obra a la empresa determinada por el cártel.

Ahora bien, las grandes obras en postensado - normalmente estructuras atirantadas - no eran objeto de reparto entre las empresas del cártel siguiendo la dinámica señalada en el apartado anterior, sino que existía un acuerdo entre éstas para dejarlas fuera de este reparto, debido a la importancia de dichas obras, estableciéndose no obstante compensaciones en función de la asignación por el cártel de determinadas grandes obras a empresas del cártel.

De acuerdo con la información obrante en el expediente, en concreto, las tablas de reparto de obras señaladas anteriormente y que han facilitado el listado de obras elaborado por esta DI y que consta en el Anexo III a esta Pliego, durante el periodo de vigencia de este cártel, desde 1996 hasta el momento de realizarse las inspecciones la CNC en 2010, el cártel repartió un total de 1723 obras en todo el mercado nacional entre las empresas participantes en este cártel, es decir la práctica totalidad del mercado fue objeto de reparto entre Freyssinet, CTT, Mekano4, DSC, Tecpresa y BBR, por un importe de casi 200 millones de euros, en concreto, 192.513.081 Eur. (...) A continuación se describen en la Resolución las obras adjudicadas en el cártel".

SEGUNDO.- De entre los argumentos que esgrime la actora en su escrito de demanda, y a la vista de los coincidentes pronunciamientos del Tribunal Supremo al decidir los recursos de casación dirigidos contra las



sentencias que resolvieron los procedimientos seguidos por las restantes empresas sancionadas, trataremos en último término, y de manera conjunta, los motivos relativos a la nulidad de la sanción por infracción del artículo 63 de la LDC, al superar el 10% del volumen de negocios de la empresa en el ejercicio inmediatamente anterior, y el que se formula en relación a la vulneración del principio de proporcionalidad y del artículo 64 de la misma LDC.

En cuanto a los restantes, se refiere en primer lugar FREYSSINET a la infracción del artículo 24 de la Constitución por habersele imputado una infracción de los artículos 101 del TFUE y 1 de la LDC *"sin que exista prueba suficiente que demuestre la existencia de las conductas anticompetitivas, por lo menos, respecto al período 1996-1999, ni que las mismas se extendiesen a las denominadas grandes obras, lo que genera una evidente indefensión ..."*; motivo que ha de ponerse en conexión con el que la misma actora califica de procedimental, y que consiste en la invocación de la causa de nulidad del artículo 61.1.a) y e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 135 de la misma Ley, al haberse denegado la práctica de la prueba en su día solicitada.

Sobre esta cuestión resulta determinante que las distintas sentencias que se han pronunciado en relación a la misma resolución recurrida -y que no han sido afectadas en este extremo por las sentencias dictadas en casación por el Tribunal Supremo- han considerado acreditados los hechos que sustentaban las sanciones y que declararon la responsabilidad de las distintas empresas intervinientes en el cártel. Condicionando ello también la responsabilidad de FREYSSINET en cuanto participe en unos hechos y responsable de una infracción que presupone un concierto de voluntades, como son los acuerdos colusorios que prohíbe el artículo 1 de la LDC.

Frente a la alegación genérica de falta de prueba, resultan abrumadoras las evidencias de las reuniones a las que se refiere la CNC en su relato de hechos, y así cuando revela que

"... la DI tiene constancia de la celebración de las siguientes 40 reuniones del cartel 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 58, 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".

Reseñando además que *"Esta operativa se modificó en la reunión del cartel celebrada el 9 de febrero de 2006 en Barcelona, en la que se adoptó el siguiente acuerdo entre CTT, Freyssinet, DSC y Mekano: "REUNIÓN Barcelona 9-02-2006*

1º) Reunirse mínimo cada mes (primer martes de mes) en ciudad alterna. Próxima Madrid 7-3-06. Intentar mejorar transmisión información."

Todas estas referencias se apoyan en la cita concreta de la fuente documental de la que proceden - correo electrónico, agendas, carpetas, ..., con indicación precisa de los folios del expediente en que se ubican-, y del modo en que se incorporaron al expediente administrativo -declaración del clemente DSC, inspecciones, ...-.

Coincidimos entonces en la justificación suficiente de los hechos probados que confirman las sentencias citadas y que determinan la responsabilidad de FREYSSINET por su participación en el cártel de postensado, especialmente también si se advierte que, frente a tal contundencia probatoria, las alegaciones sobre este extremo formuladas en la demanda no cuestionan los concretos documentos en que se basan, ni por su contenido, ni por su origen, limitándose a una crítica genérica del todo ineficaz.



Se refiere en particular la recurrente a la falta de justificación de su participación en el cártel desde 1996 a 1999.

Ha de decirse, sin embargo, que su intervención en dicho período tiene una acreditación bastante.

En primer lugar, por la afirmación de DSC contenida en su declaración de clemencia, que sitúa en 1996 el inicio de los acuerdos; y, en segundo lugar, por la tabla aportada por MEKANO4 que tiene también esa referencia cronológica (folio 17574 del expediente).

Al respecto, en el fundamento de derecho cuarto de la resolución se advierte que *"La tabla aportada por Mekano 4 tiene claramente una fecha de 1996 y corrobora la información del solicitante de clemencia, que afirmaba que el cartel ya estaba en funcionamiento en 1996, cuando Mekano4 le invito a participar"*.

Sobre el valor probatorio y el alcance que ha de darse a la documentación proporcionada por el clemente, la Sentencia del Tribunal General de 30 de noviembre de 2011, asunto T- 208/06 , en sus apartados 52 a 56, sistematiza la doctrina aplicable a esta cuestión en los siguientes términos: *"1º. En lo que atañe a las alegaciones de las demandantes sobre el valor de las declaraciones realizadas en el marco de las solicitudes presentadas al amparo de la Comunicación sobre la cooperación, cabe recordar que, a tenor de reiterada jurisprudencia, ninguna disposición, ni ningún principio general del Derecho de la Unión Europea, prohíbe a la Comisión invocar contra una empresa declaraciones de otras empresas inculpadas (sentencia Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión , citada en el apartado 41 supra, apartado 512). Por ello, las declaraciones efectuadas en el marco de la Comunicación sobre la cooperación no pueden considerarse carentes de valor probatorio por este único motivo (sentencia Lafarge/Comisión, citada en el apartado 43 supra, apartados 57 y 58). 2º. Una cierta desconfianza con respecto a las declaraciones voluntarias de los principales participantes en un cártel ilícito es comprensible, ya que dichos participantes podrían minimizar la importancia de su contribución a la infracción y maximizar la de otros. No obstante, dada la lógica inherente al procedimiento previsto por la Comunicación sobre la cooperación, el hecho de solicitar el beneficio de su aplicación para obtener una reducción del importe de la multa, no crea necesariamente un incentivo para presentar elementos de prueba deformados respecto a los demás participantes en el cártel investigado. En efecto, toda tentativa de inducir a error a la Comisión podría poner en tela de juicio la sinceridad y la plenitud de la cooperación de la empresa y, por tanto, poner en peligro la posibilidad de que éste se beneficie completamente de la Comunicación sobre la cooperación (sentencias del Tribunal de 16 de noviembre de 2006, Peróxidos Orgánicos/Comisión , T-120/04 , Rec. p. II-4441, apartado 70, y Lafarge/Comisión , citada en el apartado 43 supra, apartado 58). 3. En particular, debe considerarse que el hecho de que una persona confiese que ha cometido una infracción y reconozca así la existencia de hechos que rebasan lo que podía deducirse directamente de dichos documentos, implica a priori, si no concurren circunstancias especiales que indiquen lo contrario, que tal persona ha resuelto decir la verdad. De este modo, las declaraciones contrarias a los intereses del declarante deben considerarse, en principio, pruebas especialmente fiables (sentencias del Tribunal JFE Engineering y otros/Comisión , citada en el apartado 44 supra, apartados 211 y 212; de 26 de abril de 2007, Bolloré y otros/Comisión , T-109/02 , T-118/02 , T-122/02 , T-125/02 , T-126/02 , T-128/02 , T-129/02 , T-132/02 y T- 136/02 , Rec. p. II-947, apartado 166, y Lafarge/Comisión , citada en el apartado 43 supra, apartado 59). 4. Sin embargo, es jurisprudencia reiterada que no cabe considerar que la declaración de una empresa inculpada por haber participado en una práctica colusoria, cuya exactitud es cuestionada por varias empresas inculpadas, constituye una prueba suficiente de la existencia de una infracción cometida por estas últimas, si no es respaldada por otros elementos probatorios (sentencias del Tribunal JFE Engineering y otros/Comisión , citada en el apartado 44 supra, apartado 219; de 25 de octubre de 2005, Groupe Danone/Comisión , T-38/02 , Rec. p. II-4407, apartado 285, y Lafarge/Comisión , citada en el apartado 43 supra, apartado 293). 5. Para examinar el valor probatorio de las declaraciones de las empresas que han presentado una solicitud al amparo de la Comunicación sobre la cooperación, el Tribunal tiene en cuenta, en particular, la importancia de los indicios concordantes que apoyan la pertinencia de dichas declaraciones (véanse, en este sentido, las sentencias JFE Engineering y otros/Comisión , citada en el apartado 44 supra, apartado 220, y Peróxidos Orgánicos/Comisión , citada en el apartado 53 supra, apartado 70) y la falta de indicios de que éstas tendieron a minimizar la importancia de su contribución a la infracción y a maximizar la de las otras empresas (véase, en este sentido, la sentencia Lafarge/Comisión , citada en el apartado 43 supra, apartados 62 y 295"*.

Los indicios que resultan de los documentos relacionados antes permiten a esta Sala, en el ejercicio de la libre valoración de la prueba, llegar a la convicción de que FREYSINET ha tomado parte en los hechos imputados durante el período que se le atribuye, y el examen del expediente administrativo, y la lectura de la declaración de hechos probados de la resolución recurrida, ponen de manifiesto que la CNC no se basó de forma única y exclusiva en la declaración de la mercantil solicitante de clemencia, y que las fuentes probatorias tienen origen diverso.

Como decíamos en la sentencia de 9 de junio de 2016, recaída en el recurso 551/13 , *"En este tipo de actuaciones es difícil encontrarse con la existencia de pruebas directas que permitan acreditar la participación en las conductas infractoras; lo normal es que sea a través de indicios. Pues bien, la prueba de indicios está*



ampliamente aceptada por la jurisprudencia constitucional desde la SSTC 174 y 175/1985, y resulta práctica habitual en materia de cárteles, siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador, se encuentren en directa relación con las consecuencias que se pretenden extraer de los mismos y no exista una explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que llega la Administración".

En la de 15 de julio de 2016, recurso núm. 293/2012, señalábamos también respecto de la prueba de indicios que *"... es bien sabido que su utilización en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997\7421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998\7741) y 28 de enero de 1999 (RJ 1999\274). 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.*

Pues bien, todos los elementos fácticos señalados - cita en documentos y comportamiento de la actora-, llevan a una sola conclusión posible, y es la participación de la recurrente en los hechos que se le imputan; sin que se haya ofrecido una explicación alternativa razonable, y sin que la Sala alcance a encontrar otra explicación distinta de la dada por la CNC a los hechos que nos ocupan".

Todo ello es también aplicable a la alegación relativa a la falta de prueba de la intervención de FREYSINET en la adjudicación de grandes obras.

La misma resolución recurrida delimita la intervención de las empresas integrantes del cártel en las denominadas grandes obras del siguiente modo:

"Como se ha puesto de manifiesto en el apartado relativo a la operativa del cartel, las grandes obras en postensado -normalmente estructuras atirantadas- no son objeto de reparto entre las empresas del cartel siguiendo la dinámica señalada en el apartado anterior, sino que existe un acuerdo entre estas para dejarlas fuera de este reparto, debido a la importancia de dichas obras, estableciéndose no obstante compensaciones en función de la asignación por el cartel de determinadas grandes obras a empresas del cartel. Así, de acuerdo con información aportada por el clemente, en al menos dos ocasiones las empresas del cartel llegaron a acuerdos concretos por escrito, en un caso respecto a la obra Adriático y en el otro para sentar bases respecto a un tipo de obras (de postensado en edificación), firmando las empresas del cartel sendos documentos formales por escrito en el que se constataban los términos de los acuerdos respecto de dichas grandes obras. Además, de la información recabada en las inspecciones se han detectado este mismo mecanismo de reparto respecto de otras grandes obras, generalmente estructuras atirantadas, que se relacionan en el Anexo IV a este Pliego, elaborado por esta DI de acuerdo con la información obrante en el expediente, por un importe global de casi 800 millones de €, en concreto, 787.500.760 €. Así, en una nota manuscrita encontrada en la inspección de Mekano 4 relativa a los acuerdos sobre este tipo de grandes obras adoptados en la reunión del cartel celebrada el 20 de mayo de 1999, organizada en Barcelona por Freyssinet".

Y tales aseveraciones se amparan no solo en la declaración del clemente, sino también en la agenda de 1999 del Director General de Freyssinet, recabada en la inspección de esta empresa (folio 2434).

En cualquier caso, es importante destacar que la misma mercantil actora no solicitó en el momento procesalmente oportuno para hacerlo, es decir, en su escrito de demanda, la práctica de prueba alguna tendente a desvirtuar los hechos declarados probados, limitando su solicitud en tal sentido a los documentos obrantes en el expediente administrativo y a documental pública dirigida a acreditar que *"las prácticas investigadas no tuvieron efecto en el mercado"*.

Estas consideraciones alcanzan también a la denuncia de indefensión por haberse denegado de manera arbitraria, se dice, la prueba solicitada por FREYSINET en el curso del expediente sancionador.

Al margen de las consideraciones relativas a la jurisprudencia aplicable sobre esta cuestión, es lo cierto que la prueba denegada en el expediente era la misma solicitada y admitida en este proceso, cuyo objeto, reiteramos, era el de que el Ministerio de Fomento informase acerca de los precios de proyecto correspondientes a obras atribuidas a FREYSINET con el fin de demostrar que las prácticas investigadas no tuvieron efectos en el mercado.

Practicada la prueba, y no obstante la disconformidad de la interesada por la insuficiencia de los documentos remitidos por el Ministerio de Fomento, entendemos que no ha existido indefensión alguna pues en nada su aportación al expediente hubiera producido el efecto que pretende. De hecho, las consideraciones expuestas sobre este extremo en el escrito de conclusiones se limitan a reproducir, en esencia, las alegaciones de la demanda, sin incidir en las consecuencias concretas que la prueba hubiera de tener.



Diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo avalan esta interpretación.

La sentencia de 30 de junio de 2011 razona que *"No se produce indefensión de relevancia constitucional cuando se inadmite la prueba en aplicación estricta de una norma legal ni cuando las irregularidades que se hayan podido producir en la inadmisión de alguna prueba no ha llegado a causar un efectivo y real menoscabo del derecho a la defensa (en este sentido, TC0 212/1990 , 149/1987; TS 20-5-97 ,. Por ello, quien ante un rechazo de la prueba propuesta alegue la vulneración de los Const. art. 24 debe argumentar de modo convincente que la resolución podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado dicha prueba (TCo 116/1983 , 147/1987 , 50/1988 y 357/1993). Hay que considerar conforme a Derecho que no se practique prueba en el procedimiento si los hechos se encuentran debidamente acreditados (TS 8-10-99 ,. En este sentido, se considera innecesaria y prescindible la prueba propuesta cuando el conjunto de pruebas acumuladas por la Administración durante la instrucción del expediente hace posible afirmar que la resolución se ha dictado en virtud de pruebas concluyentes, sin que nada permita pensar que las pruebas omitidas pudieran haber conducido a un resultado diferente (TS 9-10-96)".*

Y en la de 30 septiembre 2013 declara que *"Reiterada jurisprudencia ha declarado que la omisión de garantías en el expediente administrativo únicamente puede tener efecto invalidante cuanto haya producido indefensión. Para determinar si concurre esta circunstancia es adecuado examinar las posibilidades de subsanar la falta de que ha dispuesto el recurrente tanto en vía administrativa como jurisdiccional.*

En el caso examinado resulta evidente que el recurrente, independientemente de los elementos de prueba ya obrantes en el expediente, pudo proponer prueba en vía jurisdiccional para acreditar los extremos relativos a la determinación de las superficies y a los cultivos a que fueron dedicadas en el ejercicio correspondiente. La prueba es siempre una actividad histórica, puesto que se refiere a hechos del pasado, y esta circunstancia, que debe ser tenida en cuenta en su valoración, no impide que se practique respecto de hechos acaecidos tiempo ha. Por lo demás, esta Sala tiene declarado que, cuando con motivo de la omisión o pasividad por parte de la Administración existen dificultades de prueba de los hechos, esta circunstancia debe ser tenida en cuenta a efecto del reparto del "onus probandi" (carga de la prueba).

En el caso examinado no se advierte que la prueba practicada, aun realizada años después de los hechos, tuviera que ser inútil, especialmente teniendo en cuenta la facultad del Tribunal de instancia de apreciar el transcurso del tiempo y la inactividad administrativa como circunstancias relevantes para determinar la fuerza probatoria de los testimonios o dictámenes emitidos años después.

La Sala de instancia no se separa de esta interpretación cuando afirma que la denegación de la prueba pericial solicitada sobre el acta de control de campo por la Administración, efectuada con carácter tácito, no ha generado indefensión a la recurrente, ya que la misma ha podido interesar en el recurso jurisdiccional la prueba que ha estimado oportuna en defensa de sus intereses".

Debemos insistir aquí en que la conducta sancionada es el reparto de los contratos de postensado, y no es necesario, para entender cometida con esta conducta la infracción prevista en el artículo 1 de la LDC , que se acrediten la causación de efectos de una intensidad determinada en el mercado (a cuya acreditación se orientaba, precisamente, la prueba solicitada, tanto en vía administrativa como en este proceso).

La Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, asunto C-8/08 T-Mobile, que reitera doctrina anterior y que en los apartados 27 a 30 alude al tratamiento jurisprudencial de la distinción entre infracciones por objeto y por efecto, subrayando que la infracción lo será por su objeto cuando la conducta, por su propia naturaleza, sea perjudicial para el buen funcionamiento de la libre competencia. El TJUE se pronuncia en estos términos:

"28. En lo relativo a la delimitación de las prácticas concertadas que tengan un objeto contrario a la competencia y de aquéllas que tengan un efecto contrario a la competencia, ha de recordarse que el objeto y el efecto contrarios a la competencia son condiciones no acumulativas sino alternativas para apreciar si una práctica está comprendida dentro de la prohibición del artículo 81 CE , apartado 1. Es jurisprudencia reiterada, desde la sentencia de 30 de junio de 1966, LTM (56/65 , Rec. pp. 337 y ss., especialmente p. 359), que el carácter alternativo de este requisito, como indica la conjunción "o", lleva en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo de la práctica concertada, habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar. Sin embargo, en caso de que el análisis del contenido de la práctica concertada no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, es necesario entonces examinar los efectos del acuerdo y, para proceder a su prohibición, exigir que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible (véase, en este sentido, la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 15).

29. Además, ha de señalarse que, para apreciar si un acuerdo está prohibido por el artículo 81 CE , apartado 1, la toma en consideración de sus efectos concretos es superflua cuando resulta que éste tiene por objeto impedir,



restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496; de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, apartado 125, y Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 16). La distinción entre "infracciones por objeto" e "infracciones por efecto" reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (véase la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 17).

30. *En tales circunstancias, contrariamente a lo que defiende el órgano jurisdiccional remitente, no es necesario examinar los efectos de una práctica concertada cuando quede acreditado su objeto contrario a la competencia".*

Por tanto, es suficiente que los acuerdos tengan por objeto una práctica restrictiva, como ocurre con el reparto del mercado, aun cuando no se haya justificado un efecto determinado.

TERCERO .- Denuncia la recurrente la aplicación de la Ley más desfavorable, al optar la Comisión Nacional de la Competencia por la Ley de 15/2007, pese a que resultaría menos favorable a sus intereses que la de 16/1989.

Se trata de una cuestión ya resuelta de modo firme en la sentencia recaída en el recurso 425/12, de 21 de julio de 2014, donde se planteaba idéntica alegación.

Se decía en dicha sentencia lo siguiente:

"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 Eur., 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".

Esta sentencia aborda el motivo, también suscitado ahora, de si cabe apreciar una infracción del artículo 101 del TFUE cuando, a juicio de FREYSSINET, la conducta sancionada no tiene alcance más allá del territorio nacional.

Y rechaza el planteamiento de la actora bajo el argumento siguiente:

"... 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.- Procede, por último, analizar los argumentos que se refieren a la determinación del importe de la sanción de multa impuesta a FREYSINET, que la misma recurrente concreta en dos.

Por un lado, afirma que la resolución debe ser anulada *"por haber impuesto a mi representada una sanción superior al 10% de su volumen de negocios en el ejercicio inmediatamente anterior"*, e invoca en este sentido lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, con cita de diversos pronunciamientos del TJUE y de esta misma Sala.

Por otra parte, y directamente relacionado con lo anterior, denuncia que la sanción resulta desproporcionada, con apoyo en la previsión del artículo 64 de la LDC y en lo resuelto en sentencias citadas por esta Sección en supuestos que entiende análogos.

Es precisamente esta cuestión de la correcta determinación de la multa la que justificó la estimación parcial del recurso en los procedimientos números 423/12, 424/12, 425/12 y 426/12 a que venimos refiriéndonos. Y ello por las razones que explicitan las respectivas sentencias recaídas en los mismos.

No obstante, como sabemos, el Tribunal Supremo ha estimado parcialmente el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado frente a cada una de ellas. Así por ejemplo, en sentencia de 2 de octubre de 2015, el fallo de la sentencia de casación es del tenor literal siguiente:

"Primero.- Declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional de 14 de julio de 2014, dictada en el recurso contencioso-administrativo 423/2012, que casamos.

Segundo.- Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil MEKANO 4, S.A. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de agosto de 2012, recaída en el expediente S/0287/2010, que anulamos por ser disconforme a Derecho, en el dispositivo relativo a la fijación de la sanción de multa, ordenándose a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a que cuantifique la sanción pecuniaria conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, en los términos fundamentados".

Razona el Tribunal Supremo en esta sentencia -y en las restantes- que

"El recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, en los estrictos términos formulados, debe ser acogido, con base en el principio de unidad de doctrina, acogiendo los razonamientos jurídicos expuestos en las sentencias de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 (RC 2872/2013) (EDJ 2015/2562) y de 30 de enero de 2015 (RC 2793/2013) (EDJ 2015/7031), en que hemos establecido la interpretación de la cláusula contenida en el artículo 63.1 c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (EDL 2007/43994), que dispone que las infracciones muy graves se sancionan «con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora», cuya aplicación debe modularse valorando los criterios de graduación establecidos en el artículo 64 del referido texto legal , en los siguientes términos:..."

Transcribe, a continuación, lo expuesto en las referidas sentencias que consideramos innecesario reproducir aquí al tratarse de una doctrina reiterada en numerosos pronunciamientos, para concluir que

"En consecuencia con lo razonado, procede declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 14 de julio de 2014, que estimó parcialmente el recurso contencioso- administrativo 423/2012 , que casamos.

Y de conformidad con el artículo 95.2 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, procede estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil MEKANO 4 contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de agosto de 2012, recaída en el expediente S/0287/2010, que le impuso la sanción de 1.4108000 euros, por la infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (EDL 2007/43994), y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , que anulamos por ser disconforme a Derecho, en el dispositivo que concierne a la fijación de la multa, ordenándose a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a que cuantifique la sanción pecuniaria en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio .

Esta declaración se atempera en los siguientes términos:

El cálculo de la sanción debe hacerse en sintonía con la interpretación que de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 hacemos en esta sentencia. Ello implica la improcedencia de acometerlo con arreglo a las pautas sentadas en la Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1 , 2 y 3 de la Ley 15/2007 , y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (actuales 101 y 102 del TFUE), no pudiendo superar la cuantía de 1.420.000 euros, para no incurrir en reformatio in peius".

Tal es, entonces, el pronunciamiento que cabe hacer ahora al constituir, insistimos, este criterio una doctrina ya constante del Tribunal Supremo en esta materia.

QUINTO. - De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , no procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas dado el carácter parcialmente estimatorio del fallo.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

1.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D^a María Gloria Messa Teichman en nombre y representación de **FREYSSINET, S.A.** , contra la resolución de 2 de agosto de 2012, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por la comisión de una infracción única y continuada tipificada en los artículos 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y 101 del TFUE .,



2.- Anular la referida resolución en el solo particular relativo a la determinación de la cuantía de la multa, por no ser en este extremo ajustada a Derecho.

3.- Disponer se remitan las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a fin de que dicte otra en la cual fije su importe en atención a los criterios legales de graduación debidamente motivados, con aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 17/2007, de Defensa de la Competencia , interpretados en los términos expuestos en la fundamentación jurídica de esta sentencia. Y sin que la multa impuesta pueda exceder de 2.805.000 euros.

No se hace expresa imposición de costas.

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

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

En Madrid a 16/03/2017 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CINDI