



Roj: **SAN 2324/2022 - ECLI:ES:AN:2022:2324**

Id Cendoj: **28079230062022100278**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **20/05/2022**

Nº de Recurso: **663/2017**

Nº de Resolución:

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:** 0000663 /2017

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 5836/2017

**Demandante:** BBR-PTE PRETENSADOS Y TÉCNICAS ESPECIALES, S.L.

**Procurador:** D. ARTURO ROMERO BALLESTER

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

**Abogado Del Estado**

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

### **SENTENCIA Nº :**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veinte de mayo de dos mil veintidós.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 663/17 promovido por el Procurador D. Arturo Romero Ballester en nombre y representación de **BBR-PTE PRETENSADOS Y TÉCNICAS ESPECIALES, S.L.**, contra la resolución de 3 de noviembre de 2016 de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 639.407 euros por la comisión de una infracción muy grave de la Ley de Defensa de la Competencia. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

### **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 en su día sentencia por la que se anule la resolución recurrida y "... se fije la cuantía de la sanción que, en su caso, proceda en ejecución de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2015 ...", con imposición de 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 confirmase el acto recurrido 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 30 de marzo de 2022, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. Francisco de la Peña Elías, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución de 3 de noviembre de 2016, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 639.407 euros por la comisión de una infracción muy grave de la Ley de Defensa de la Competencia

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente VS/0287/10 *POSTENSADO Y GEOTECNIA*, era del siguiente tenor literal:

*"ÚNICO.- Imponer a BBR PRETENSADOS Y TECNICAS ESPECIALES, S.L. en ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de julio de 2014 (Recurso 424/2012), casada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2015 (recurso 3344/2014), y en sustitución de la inicialmente impuesta en la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de agosto de 2012 (Expte. S/0287/14 POSTENSADO Y GEOTECNIA), la multa de 639.407 euros".*

A la vista de los documentos que integran el expediente administrativo y de los unidos a estos autos, constituyen antecedentes relevantes para la resolución del litigio los siguientes:

1 -. Con fecha 2 de agosto de 2012 el Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia dictó resolución por la cual se acordaba lo siguiente:

*"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 :*

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

*(...)*

*Cuarto. - Las empresas anteriores justificarán ante la Dirección de investigación de la CNC el cumplimiento de tal obligación impuesta en el resuelve segundo.*

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

2.- Frente a tal acuerdo interpuso la entidad sancionada recurso contencioso-administrativo que, seguido antes esta Sección bajo el número 424/2012, concluyó por sentencia de 22 de julio de 2014 mediante la cual se acordó, con estimación parcial del recurso, fijar un nuevo importe de la multa en 256.657,59 euros.

3.- Contra esta sentencia presentó el Abogado del Estado recurso de casación -número 3344/2014-, que fue resuelto por sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2015 en la cual se acordaba lo siguiente:

*"Pr imero.- 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 22 de julio de 2014, que estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo 424/2012, que casamos.*



*Segundo.- Estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil BBR PRETENSADOS Y TÉCNICAS ESPECIALES, S.L. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 2 de agosto de 2012, recaída en el expediente S/0287/10, que anulamos por ser disconforme a Derecho, en el dispositivo que concierne a la fijación de la sanción de multa, ordenándose a la Comisión Nacional de los Mercados y 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.*

*Tercero.- No efectuar expresa imposición de las costas procesales ocasionadas en primera instancia ni de las originadas en el proceso casacional".*

4.- En ejecución de dicha sentencia, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC dictó con fecha 3 de noviembre de 2016 la resolución contra la cual presentó la interesada el recurso contencioso-administrativo con el que se inició este proceso.

**SEGUNDO.-** En su demanda, cuestiona la recurrente la suficiencia de la motivación de la resolución impugnada y critica que la resolución fije un tipo sancionador aplicable a BBR del 6,9% sin justificación alguna, omitiendo *"... cualquier tipo de explicación sobre la forma en que los criterios se han traducido en una fórmula concreta que ha dado como resultado el porcentaje aplicado a BBR-PTE; explicación a la que la compañía destinataria de la Resolución de Ejecución debe poder acceder, tanto a fin de verificar la exactitud de los cálculos realizados por la CNMC como para poder ejercer de manera útil sus derechos de defensa respecto de la proporcionalidad de la multa".*

Denuncia que la multa impuesta resulta desproporcionada y vulnera los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, además de los criterios expresados al respecto por el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013.

Y supone que dicha desproporción se evidencia, además, en relación a la multa impuesta a otras entidades sancionadas por su participación en la misma infracción, teniendo en cuenta el verdadero alcance de la conducta de BBR y lo limitado de su intervención en el cártel; y a la vista de otras resoluciones de la misma CNMC posteriores al dictado la referida sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015.

**TERCERO.-** Frente a tales argumentos, ha de decirse ya en primer término que, sobre la base de la previsión del artículo 63.1.c) de la LDC, la resolución parte de los criterios interpretativos que, acerca de esta cuestión, la de la cuantificación de la multa, proporciona precisamente la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, recurso núm. 2872/2013, criterios que resume la resolución recurrida de cuyo texto podemos destacar lo siguiente:

*- "Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. Tales límites "constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje". Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones."*

*- "En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, que en este caso podría llegar hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC se refiere al "volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa".*

A continuación, deduce que la nueva determinación de la sanción deberá concretarse en un arco que discurre del cero al 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en el ejercicio anterior al de dictarse resolución (esto es, 2011), y que, dentro de dicho arco sancionador, la multa deberá graduarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la Ley 15/2007.

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

**CUARTO.-** En cuanto a la motivación insuficiente, es lo cierto que aparecen reflejados en su texto bajo la rúbrica *Criterios para la determinación de la sanción basados en los hechos acreditados en la sanción original (S/0287/10)*, los parámetros tenidos en cuenta por la CNMC para cuantificar la sanción.

En efecto, se indica que el porcentaje sancionador debe determinarse sobre la base de graduación que proporcionan los criterios contemplados en el artículo 64.1 de la LDC, y precisa que la infracción acreditada

cometida por la entidad actora es una infracción muy grave prevista en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia por cuanto BBR sería responsable del reparto de mercado a través del reparto de contratos en el ámbito de postensado desde, al menos, 1996, hasta el 17 de junio de 2010, sin que se le hubiera imputado su participación en el reparto de contratos de suministro de barras y de clientes de sistemas geotécnicos. Y señala que la participación de BBR en la conducta, medida como una proporción del mercado afectado conjuntamente por la infracción, fue de un 12,6%.

Hay una referencia expresa a la configuración de dicho mercado y se constata que, en el caso de BBR, el mercado afectado relacionado con la obra civil es el mercado de sistemas de postensado en España, mercado en el que las empresas imputadas, en su conjunto, ostentaban más del 80% del mercado durante la conducta. Destaca que la obra civil es un sector relevante para la economía nacional, y los sistemas de postensado son inputs necesarios en la obra civil.

Por otra parte, y antes de determinar el tipo sancionador que corresponde a BBR, la resolución recurrida relaciona los factores que han incidido en su fijación, y así se refiere a:

- La afectación al comercio intracomunitario, indicando que las conductas que han llevado a cabo las empresas imputadas están vinculadas con la obra civil, con una cuota conjunta superior al 70% del mercado español de geotecnia y del 80% en postensados, en su mayoría filiales de grandes grupos internacionales, destacando la importancia que la obra civil tiene dentro del conjunto de las exportaciones españolas.

- La duración, advirtiendo que la resolución sancionadora consideró acreditada que la infracción, única y continuada, imputada a BBR se habría prolongado desde, al menos 1996, hasta el momento de la realización de las inspecciones el 17 de junio de 2010.

-La no apreciación de circunstancias agravantes ni atenuantes en la conducta de la sancionada.

Por ello puede decirse que las pautas a las que se refiere el Tribunal Supremo - gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado afectado, efectos producidos, participación en la conducta de las infractoras, ausencia de agravantes o atenuantes, consideración de la reducida cuota en el mercado relevante- son las que han llevado a la CNMC a valorar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, lo que denomina la densidad antijurídica de la conducta y a concretar el tipo sancionador que corresponde a cada empresa infractora, que en el caso de la demandante es del 6,9%. Dicho porcentaje, aplicado sobre el volumen de negocios total de BBR en 2011 -9.266.766,65 euros- arroja un importe de 639.407 euros, que no resultaría en absoluto desproporcionado.

Frente a todo ello han de ceder las críticas de falta de motivación o de desproporción de la sanción en las que insiste BBR en su demanda.

Como señala el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de julio de 2006, recurso núm. 466/2003, *"La exigencia de motivación de los actos administrativos constituye una constante de nuestro ordenamiento jurídico y así lo proclama el art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (antes, art. 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958), teniendo por finalidad la de que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto. Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del art. 9 CE de la Constitución y que también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no sólo por el art. 24.2 CE sino también por el art. 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa). Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000 incluye dentro de su artículo 41, dedicado al "Derecho a una buena Administración", entre otros particulares, "la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones".*

Y es que la resolución indica, en aplicación estricta del artículo 64 de la Ley 15/2007, los criterios tenidos en cuenta para fijar el tipo sancionador aunque no cuantifique el porcentaje exacto que a cada uno corresponde sin que ello se traduzca en falta de motivación pues, como recuerda la sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2015, asunto C-194/14 P, AC-Treuhand AG *"a la hora de fijar el importe de la multa en caso de infracción de las normas en materia de competencia, la Comisión cumple su obligación de motivación cuando indica en su decisión los elementos de apreciación que le han permitido determinar la gravedad de la infracción, así como su duración, sin que esté obligada a indicar los datos numéricos relativos al método de cálculo de la multa (véase, en este sentido, en particular la sentencia Telefónica y Telefónica de España/Comisión, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, apartado 181)."*

Por tanto, ni hay falta de motivación, ni se han ignorado los artículos 63 y 64 de la LDCA al cuantificar la multa, ni se ha producido, en fin, infracción alguna de los principios de graduación y proporcionalidad a que



se refiere la demandante, cuya referencia a las multas impuestas a otras entidades, o a lo actuado por la misma CNMC en otros supuestos posteriores a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, no tienen más valor que el de su particular criterio, pues no se justifica de ningún modo -de hecho, ni siquiera se solicitó el recibimiento del pleito a prueba- que las situaciones fueran comparables al punto de poder apreciar el pretendido trato desigual.

**QUINTO.-** Procede, en atención a lo expuesto, la desestimación del recurso y la consiguiente imposición de las costas de esta instancia a la entidad actora en aplicación de lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

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

#### FALLAMOS

Desestimar el recurso contencioso-administrativo promovido el Procurador D. Arturo Romero Ballester en nombre y representación de **BBR-PTE PRETENSADOS Y TÉCNICAS ESPECIALES, S.L.**, contra la resolución de 3 de noviembre de 2016 de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 639.407 euros por la comisión de una infracción muy grave de la Ley de Defensa de la Competencia, resolución que se declara ajustada a Derecho.

Con expresa im posición de costas a la parte actora.

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.