

RESOLUCIÓN (EXPTE. S/0254/10, Hierros Extremadura)

Consejo:

Sres.:

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. María Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera
D. Luis Díez Martín, Consejero

En Madrid, a 14 de junio de 2012

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia ("CNC"), con la composición arriba expresada, y siendo Ponente el Presidente D. Joaquín García Bernaldo de Quirós ha dictado la presente Resolución en el expediente sancionador S/0254/10 Hierros Extremadura, incoado por la Dirección de Investigación de la CNC ("DI") por supuestas prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ("LDC 2007") y de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia ("LDC 1989") y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ("TFUE") contra la UNIÓN DE ALMACENISTAS DE HIERROS DE ESPAÑA ("UAHE") y la ASOCIACIÓN DE ALMACENISTAS DE HIERROS DE EXTREMADURA ("AAHE").

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 9 de julio de 2008 la DI realizó una investigación domiciliaria en la sede de la UAHE, en el marco del que fue posteriormente el expediente sancionador S/0106/08, que finalizó mediante resolución sancionadora del Consejo de 17 de mayo de 2010.

2. Durante dicha inspección, la DI encontró cierta información que evidenciaba la posible existencia de conductas restrictivas de la competencia en el seno de AAHE y que también implicaban a la UAHE.
3. El 7 de octubre de 2009, se incorporó esa información obtenida en la inspección y obrante en el expediente S/0106/08 a la información reservada S/0254/10 (antes DP 36/09) y se notificó a la UAHE para que presentara las alegaciones que considerara convenientes (folio 2).
4. El 16 de octubre de 2009, la UAHE presentó alegaciones a la incorporación de los documentos (folios 13 a 20), que fueron contestadas por parte de la DI con fecha 21 de octubre de 2009 (folios 22 a 27).
5. Con fecha 3 de noviembre de 2009, la UAHE presentó un recurso contra el escrito de contestación a las alegaciones de la DI de incluir determinados documentos del expediente S/0106/08 en las actuaciones S/0254/10.
6. El 27 de enero de 2010, el Consejo de la CNC resolvió inadmitir ese recurso interpuesto por los representantes de UAHE contra la actuación de la DI (ver expediente R/0028/09, Almacenes de Hierro 2).
7. El 17 de febrero de 2010, se envió un requerimiento de información a la AAHE para que aportara información relativa a sus miembros, al ámbito geográfico en el que desarrollaban sus actividades y su política de precios (folios 31 a 32). La contestación a dicho requerimiento tuvo entrada con fecha 8 de marzo de 2010 (folios 37 a 54).
8. Con fecha 24 de mayo de 2010, se envió un nuevo requerimiento de información a la AAHE para que aportara las actas de sus órganos de gobierno y señalara las posibles diferencias existentes entre sus miembros en función de la zona dónde desarrollan su actividad (folios 55 a 56). La contestación a dicho requerimiento tuvo entrada con fecha 7 de junio de 2010 (folios 267 a 274).
9. También el mismo 24 de mayo de 2010, se requirió a 20 empresas miembros de la AAHE para que proporcionaran información relativa a la política de precios aplicada a sus clientes, su ubicación y aportaran determinadas facturas (folios 60 a 158). El 26 de mayo siguiente se realizó una aclaración sobre los mismos. Las contestaciones a dichos requerimientos tuvieron entrada entre el 26 de mayo y el 11 de junio de 2010.
10. Con fecha 13 de octubre de 2010, se requirió de nuevo a la AAHE para que aclarara cierta información obrante en el expediente relativa a los correos electrónicos que dieron lugar a la apertura de la información reservada (folios

285 a 292). La contestación a dicho requerimiento tuvo entrada el 8 de noviembre de 2010 (folios 302 a 309).

11. Tras analizar la información obtenida de la asociación y de las empresas referidas, la DI consideró que de ella se desprendían indicios racionales de la comisión de una infracción de la LDC, por lo que con fecha 18 de noviembre de 2010 se acordó la incoación del presente expediente sancionador contra la AAHE y la UAHE por posibles conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC 2007 y de la LDC 1989 y el artículo 101 del TFUE (folio 310). En esa misma fecha se notificó el acuerdo de incoación a las partes.
12. Con fecha 21 de enero de 2011, se requirió de nuevo a las 20 empresas miembros de la AAHE para que proporcionaran los catálogos de precios unitarios por productos y servicios, señalaran sus principales productos comercializados y el porcentaje de sus ventas anuales fuera de la CA de Extremadura (folios 353 a 450). Las contestaciones a dichos requerimientos tuvieron entrada entre el 26 de enero y el 14 de febrero de 2011.
13. Con fecha 3 de mayo de 2011, se requirió a la AAHE para que indicara si era miembro de la UAHE o si alguno de sus miembros formaban a su vez parte de la UAHE (folios 666 a 667). La contestación a dicho requerimiento de información tuvo entrada con fecha 5 de mayo de 2011 (folios 671 a 672).
14. De acuerdo con el artículo 50.3 de la LDC, el 25 de mayo de 2011 se formuló Pliego de Concreción de Hechos (en adelante, "PCH") que fue notificado a las asociaciones incoadas el día siguiente 26 de mayo de 2011 para que, en el plazo legalmente previsto de quince días pudieran contestarlo y, en su caso, proponer las pruebas que estimaran oportunas (folios 757 a 814).
15. Igualmente, junto al PCH, se requirió a AAHE y UAHE información relativa al volumen de negocios en 2010 de las empresas que formaban parte de cada asociación, respectivamente (folios 791 y 813).
16. El 3 de junio de 2011, la AAHE solicitó una ampliación del plazo para realizar alegaciones al PCH, que fue ampliado en siete días hábiles. Por su parte, el 7 de junio de 2011, la UAHE también solicitó una ampliación del plazo para presentar sus alegaciones al PCH que le fue concedido el día siguiente en siete días hábiles.
17. Los días 16 y 17 de junio de 2011, la DI devolvió a las empresas miembros de la AAHE que habían sido requeridas el 24 de mayo de 2010, la documentación que habían aportado como consecuencia de dichos requerimientos, en concreto, determinadas facturas, *"por no resultar necesaria para la instrucción*

del expediente, todo ello, sin perjuicio de que la misma no deba ser destruida por si en un futuro fuese requerida por ésta u otra autoridad” (folios 837 a 930).

18. Con fecha 20 de junio de 2011 tuvo entrada en la CNC escrito de la AAHE en el que señalaba, en respuesta al requerimiento de la DI del volumen de negocios en 2010 de las empresas que forman parte de la Asociación, que *“la asociación a la que represento ni está ni puede estar en posesión de la información que se nos solicita”* (folio 933).
19. Con fecha 21 de junio de 2011 tuvo entrada el escrito de alegaciones al PCH presentado por la UAHE (folios 935 a 969) y con fecha 22 de junio de 2011 tuvieron entrada las alegaciones al PCH de la AAHE (folios 972 a 1017).
20. En sus alegaciones, la AAHE solicitó que se practicasen las siguientes pruebas (folio 1012): *“(1) Se tenga por aportada la documentación que se acompaña al escrito de contestación de alegaciones; y (2) Se levante la confidencialidad de las facturas aportadas por los miembros de la AAHE requeridas con fecha 24 de mayo de 2010, o en su defecto las series estadísticas en las que se basen los gráficos impresos en los folios 710 al 714 del expediente”*.
21. En su escrito de alegaciones, la UAHE manifestó no disponer de los datos de facturación de sus asociados (folio 945).
22. Por otro lado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 5 apartado 4 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, y de acuerdo con el artículo 33.2 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (en adelante, RDC) con fecha 26 de mayo de 2011 se solicitó al Servicio de Comercio de la Consejería de Economía, Comercio e Innovación de la Junta de Extremadura el informe preceptivo al que se refiere dicho artículo, indicando un plazo de veinte días (folio 818).
23. El Servicio de la Junta de Extremadura acusó recibo el 30 de mayo y el 16 de junio solicitó ampliación de plazo que fue concedido hasta el 1 de julio (folios 930 a 931).
24. Con fecha 1 de julio de 2011, tuvo entrada en la CNC el Informe preceptivo de la Junta de Extremadura emitido por su Servicio de Comercio de la Consejería de Economía, Comercio e Innovación el 29 de junio. Asimismo, los días 13, 14, 19 y 21 de julio de 2011 tuvo entrada información recabada por el Servicio extremeño a las empresas miembros de la AAHE (folios 1019 a 1086).

25. Con fecha 19 de julio de 2011, la DI requirió nuevamente a la UAHE el volumen de facturación de sus asociados (folios 1096-1099) y mediante escrito de 28 de julio de 2011, esta asociación señaló que no podía contemplar la opción de realizar un requerimiento general a todos los asociados, pero que podrán obtener la información solicitada por la DI a través de los depósitos de cuentas de sus asociados en el Registro Mercantil y hacérsela llegar a la DI (folios 1104 a 1106).
26. Por otra parte, a la vista de la información enviada por el Servicio de Comercio de la Consejería de Extremadura en julio de 2011, entre la que se encontraban los volúmenes de facturación de las empresas asociadas a la AAHE, la DI no consideró necesario reiterar la solicitud del volumen de ventas realizada a la AAHE con fecha 26 de mayo de 2011.
27. El 13 de septiembre de 2011, la DI notificó a las empresas miembros de AAHE que habían aportado facturas en contestación al requerimiento de 24 de mayo de 2010, que procedería a devolver por mensajero la documentación aportada a la vista de que, hasta la fecha, ninguna de ellas había acudido a la sede de la CNC a recogerla (folios 1107 a 1164).
28. Conforme a lo previsto en el artículo 33.1 del RDC, con fecha 5 de octubre de 2011, se notificó a la AAHE y a la UAHE el cierre de la fase de instrucción de este expediente sancionador (folios 1165 a 1173).
29. El 10 de octubre de 2011 se comunica a la AAHE y la UAHE que la CNC comienza a utilizar una nueva herramienta de gestión de expedientes que supone la adaptación de los expedientes de formato papel a formato electrónico. Como consecuencia de ello, se informa de que se ha producido una alteración de los números de folio asignados de manera manual a lo largo del expediente, y se adjunta para cada una de las imputadas un CD con toda la documentación del expediente a la que tienen acceso con los folios ya reenumerados según la nueva herramienta de gestión (folios 1173.1 a 1173.2).
30. De acuerdo con lo previsto en el artículo 50.4 de la LDC, con fecha 10 de octubre de 2011 se notificó a ambas imputadas, la AAHE y la UAHE, el Informe Propuesta de Resolución (en adelante, "IPR") de la DI de la misma fecha (folios 1174 a 1295).
31. En relación con la solicitud de práctica de prueba realizada por AAHE en su escrito de alegaciones al PCH, en el IPR la DI contesta que *"se ha incorporado al expediente la documentación aportada con el escrito de alegaciones, pero deniega la solicitud de levantamiento de confidencialidad de las facturas, dado que, de acuerdo con lo previsto en el apartado V de esta Propuesta, no ha quedado acreditada la existencia de efectos ya que esta DI no ha extraído*

conclusiones definitivas del análisis de las citadas facturas que pudieran servir de elementos probatorios de la imputación, por lo que el desconocimiento de las mismas no puede generar ningún tipo de indefensión a las partes”.

32. Con fecha 25 de octubre de 2011, se recibió escrito de AAHE solicitando la ampliación del plazo concedido para presentar las alegaciones al IPR (folio 1298) y mediante Acuerdo de la instructora del 27 de octubre siguiente se denegó dicha solicitud (folio 1301).
33. Con fecha 26 de octubre de 2011, se recibió escrito de la UAHE solicitando la ampliación del plazo para realizar alegaciones al IPR en siete días hábiles (folio 1299) y mediante el mismo Acuerdo de la instructora de 27 de octubre siguiente, se denegó su solicitud (folio 1301).
34. Con fecha 2 de noviembre de 2011, tuvo entrada el escrito de alegaciones de la UAHE al IPR de la DI (folios 1312 a 1335) en el que solicita la celebración de una vista y, con la misma fecha, 2 de noviembre de 2011, tuvieron también entrada las alegaciones al mismo escrito de la AAHE (folios 1336 a 1366) que por el contrario no considera necesario la celebración de una vista.
35. El 4 de noviembre de 2011, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 50.5 de la LDC y del 34.2 del RDC, la DI dio traslado al Consejo del Expediente y del IPR, indicando que los antecedentes del expediente se encuentran disponibles en la Web de Expedientes de Competencia de la CNC (folios 1367 a 1407). La DI propone que:

Primero. Que se declare la existencia de conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989 y de la LDC, así como del artículo 101 del TFUE, consistentes en acordar subir los precios de sus productos a partir del 27 de marzo de 2006 (acordado en reunión informal de los miembros de la AAHE el 23 de marzo de 2006) y en decidir hacer una tarifa de precios mínimos (se decidió en la Asamblea General de la AAHE de 14 de junio de 2006) para determinados productos concretos (guías de corredera, vierteaguas, los UES en frío, los perfiles de carpintería cuadrados macizos de poca rotación, pletinas o redondos lisos), así como llevar a cabo intercambios de información anticompetitivos entre la AAHE y la UAHE mediante los correos electrónicos de 27 de marzo de 2006 y de 26 de junio de 2006.

Segundo. Que las conductas prohibidas se tipifiquen, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracciones muy graves del artículo 62.4.a) de la LDC.

Tercero. Que se declare responsable a la AAHE de la infracción relativa al acuerdo de subir los precios de sus productos a partir del 27 de marzo de

2006 y hacer una tarifa de precios mínimos para determinados productos concretos, y que se declaren responsables a la AAHE y a la UAHE de la infracción relativa al intercambio de información.

Cuarto. Que se imponga a cada una de ellas la sanción prevista en el artículo 63 de la LDC, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la LDC."

36. Con fecha 11 de abril de 2012, el Consejo de la CNC acordó la remisión de información a la Comisión Europea conforme a lo previsto en el artículo 11.4 del Reglamento (CE) no 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002, la cual tuvo lugar en fecha 13 de abril (folio 1418). Asimismo se acordó la suspensión del plazo para resolver el procedimiento, que viene impuesta por el artículo 37.2.c) de la LDC, con efecto desde 13 de abril de 2012, reanudándose el cómputo del plazo el 14 de mayo de 2012, lo que fue notificado a las partes (folio 1432).
37. Por su parte, el 4 de mayo de 2012 se recibió escrito de la UAHE solicitando el acceso al expediente junto con una motivación de, en su caso, la denegación de la misma (folios 1422 a 1423), solicitud que fue reiterada el 11 de mayo siguiente (folios 1430 a 1431).
38. El 16 de mayo de 2012, fue recibido en la CNC nuevo escrito de la UAHE reiterando la solicitud de celebración de una vista, salvo que no se le pretenda sancionar, realizada en sus alegaciones al IPR de la DI (folios 1436 a 1437).
39. Por último, en paralelo a la instrucción de este expediente, el 17 de mayo de 2010 el Consejo adoptó resolución sancionadora en el expediente S/0106/08, *Almacenes de Hierro*, declarando acreditada la existencia de dos conductas prohibidas por el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y por el artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de las que había sido autora la Unión de Almacenistas de Hierro de España (UAHE).
40. El Consejo concluyó la deliberación y falló este expediente en su reunión de 6 de junio de 2012.
41. Son interesados:
 - La Asociación de Almacenistas de Hierro de Extremadura, AAHE.
 - La Unión de Almacenistas de Hierro de España, UAHE.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO – Las Partes

1.1 Asociación de Almacenistas de Hierros Extremadura (AAHE)¹

La Asociación de Almacenistas de la zona de Extremadura, es una asociación profesional de empresarios dedicados al comercio de productos siderúrgicos que tiene como objetivo principal la defensa de los legítimos intereses económicos y profesionales de sus asociados (artículo 1 de los Estatutos).

La Asociación fue creada en 1990, con ámbito regional limitado a la zona de Extremadura, y agrupa a empresas que se dedican al comercio de hierros y aceros comunes, tanto al por mayor como al detalle, con almacén abierto al público (artículo 2 de los Estatutos).

El gobierno de la Asociación de Almacenistas de la zona de Extremadura está a cargo de la Asamblea General, la Junta Directiva y el Presidente, pudiéndose constituir los Servicios, Comisiones o Grupos de trabajo que estime necesarios para la mejor consecución de sus fines, siendo su creación competencia de la Junta Directiva (artículo 16 de los Estatutos).

Con fecha de 3 de marzo de 2010², contaba con total de 20 miembros: Arcelormittal Distribución S.L., Aceros Mérida S.A., Alfonso Gallardo S.A., García García del Acero S.L., Hierros Almendralejo S.L., Hierros Badajoz S.A., Hierros Bañuls S.L., Hierros Díaz Badajoz S.L., Hierros Díaz Cáceres S.L., Hierros Díaz S.A., Hierros García Sánchez S.L., Hierros Montero S.L., Hierros Talayuela S.L., Hierros y Aluminio S.L., Hierros Zafra S.L., Hijos de Francisco Díaz S.L., Marceliano Martín Badajoz S.A., Marceliano Martín Plasencia S.A., Placentina del Acero S.L. y Suministros Izard S.A. La admisión de nuevos miembros, es decidida por la Junta Directiva de la Asociación y ratificada por la Asamblea General (artículo 9 de los Estatutos).

La AAHE no pertenece a la UAHE pero de las 20 empresas que formaban parte de la AAHE durante la instrucción, 14 pertenecían también a la UAHE.

De hecho, para la pertenencia de una empresa a la UAHE, es requisito indispensable que previamente se adhiera a una de las asociaciones regionales, por ejemplo, la AAHE. En efecto, según el artículo 2 del Reglamento de Régimen Interior de la UAHE, *“La vinculación entre las Asociaciones de Zona y la UNIÓN*

¹ Información extraída de sus Estatutos y sus escritos de respuesta.

² Fecha correspondiente a la contestación por la AAHE al requerimiento de información de la DI (ver folio 39) relativo a los miembros de la Asociación.

resulta de la obligada pertenencia simultánea de las empresas a su Asociación de Zona y a la UNIÓN." (folio 942).

1.2 Unión de Almacenistas de Hierros de España (UAHE)³

La Unión de Almacenistas de Hierros de España es una asociación profesional de empresarios dedicados al comercio de productos siderúrgicos, que tiene como objeto principal la defensa de los legítimos intereses económicos y profesionales de sus asociados. Agrupa por tanto a empresas que se dedican de forma habitual al comercio o importación de hierros y aceros comunes, tanto al por mayor como al detalle, con almacén abierto al público. La admisión de nuevos miembros, es decidida por la Junta Directiva de la Asociación y ratificada por la Asamblea General (artículo 9 de los Estatutos).

La Asociación fue creada en 1910 y, en la actualidad, representa un volumen del 90% de lo comercializado por almacenes abiertos al público en España. Es miembro de Confemetal, de la Federación Eurometal (European Federation of Associations of Steel, Tube and Metal Distribution, Federación Europea de Asociaciones de la distribución de acero, tubo y metal) y de la Plataforma Multisectorial de la Morosidad (PMcM).

El gobierno de la UAHE está a cargo de la Asamblea General, la Junta Directiva, y el Presidente y puede constituir los servicios, comisiones y grupos de trabajo que estime necesarios para la consecución de sus fines, siendo su creación competencia de la Junta Directiva (artículo 16 de los Estatutos). Por su parte, el artículo 7 del Reglamento de Régimen Interior de la UAHE, la Junta Directiva ha creado como comisiones de trabajo, a efectos de órgano consultivo y con sus propias normas de funcionamiento interno, las siguientes comisiones: (1) Promoción de relaciones con las Asociaciones de Zona y de divulgación entre asociados. Asambleas Generales y Congresos; (2) Relaciones con productores. Situación de mercados. Tendencias y Estadísticas; y (3) Asistencia técnica para la definición y documentación de un Sistema de Calidad para la UAHE (folio 949).

Según la información de su página web, las actividades habituales de la UAHE son: mantener el censo de almacenes de hierros de España, proporcionar información y formación a los miembros de la UAHE, representar a los asociados en foros nacionales e internacionales, cumplir con los requisitos de estos organismos en cuanto a información estadística, organizar Congresos nacionales e internacionales, mantener contactos con otras asociaciones nacionales e internacionales de productores y transformadores siderúrgicos, así como de clientes de los almacenistas de hierros.

³ Información extraída de la Resolución del Consejo de la CNC de 17 de mayo de 2010 (S/106/08 UAHE).

En cuanto a la figura específica del Secretario de la Asociación, los Estatutos disponen (artículo 19) que para la constitución de la Asamblea General, órgano máximo de Gobierno de la Asociación, es precisa en todo caso la asistencia del Presidente de la Asociación y del Secretario o de quienes les sustituyan legalmente. El Secretario levanta acta de cada una de las reuniones en la que se reflejan los acuerdos adoptados, así como el resumen de las opiniones emitidas, cuando no se obtengan por unanimidad de criterio o así lo interesen los asistentes (artículo 22), y la misma tiene que estar firmada por el Presidente y por el Secretario (folios 961 y 962). El Secretario es nombrado por la Junta Directiva (artículo 23.5.f) de los Estatutos, folio 963). El artículo 27 especifica además las siguientes funciones del Secretario de la asociación: “a) *Asegurar que por la asociación se respeta la legalidad, advirtiendo de posibles casos de ilegalidad en que podrían incurrir los actos y acuerdos que se pretendan adoptar, mediante nota en el expediente o de palabra en la reunión; b) Convocar en nombre del Presidente, las reuniones de los Órganos de Gobierno de la asociación; c) Extender las actas de los Órganos de Gobierno, firmándolas con el Presidente; d) Custodiar el Libro de Actas y el Registro de Asociados y expedir certificaciones de sus contenidos; e) Ejercer las tareas ejecutivas que los Órganos de Gobierno determinen; f) Ejercer la autoridad sobre el personal técnico, administrativo y subalterno, en representación de los Órganos de Gobierno*”.

D^a [XXX] era y en principio sigue siendo la Secretaria General y Gerente de la UAHE.

SEGUNDO – El sector⁴

Las conductas que se analizan en este expediente afectan a la actividad ejercida por los almacenistas de hierro de la zona de Extremadura, actividad que se encuadra dentro del sector más amplio de la metalurgia, que engloba todas las operaciones relacionadas con la transformación de los metales y la fabricación de los productos derivados. A su vez el sector metalúrgico engloba el más específico de la siderurgia, donde sólo se incluyen los productos del hierro, esencialmente diferentes tipos de acero.

En relación con la estructura productiva del sector afectado, en un primer nivel se encuentran los productores de acero a partir del mineral de hierro (altos hornos) o de chatarra (hornos eléctricos) quienes, tras diversos procesos de reconversión industrial, suelen formar parte de grandes grupos internacionales (Arcelor Mittal, Grupo Alfonso Gallardo o Acerinox). En España, se agrupan en la Unión de Empresas Siderúrgicas (Unesid).

⁴ Información extraída de la Resolución del Consejo de la CNC de 17 de mayo de 2010 (S/106/08 UAHE).

En un segundo nivel se sitúan los almacenistas y distribuidores de hierro, que comercializan estos productos siderúrgicos al por mayor o al detalle. Dentro de esta categoría, también se incluirían los grandes grupos internacionales verticalmente integrados, que también están activos en el mercado de distribución y almacenamiento. Se trata, por tanto, de un sector heterogéneo integrado tanto por grandes empresas como por empresas familiares. En España, se agrupan en la Unión de Almacenistas de Hierros de España (UAHE) y, a nivel regional, en asociaciones de almacenistas regionales, como por ejemplo, AAHE.

Los clientes finales de este sector son industrias que utilizan sus productos como materia prima, en los que se englobaría la construcción, automoción, ingeniería mecánica, tubos, metalcerámica, acerías estructurales, etc.

El sector económico al que afectan las conductas que se analizan en este expediente es el siderúrgico y, en particular, la distribución de acero, en el que están activas las empresas asociadas a la AAHE y a la UAHE, por lo que a continuación se analiza brevemente el funcionamiento de dicho mercado, así como el del mercado ascendente de la producción y comercialización de acero, directamente relacionado con el primero.

(i) Producción y comercialización de acero

El acero es una aleación del hierro con otros elementos no metálicos (carbono, silicio, fósforo, azufre, etc.) y metálicos (manganeso, titanio, cromo, níquel, molibdeno, etc.), cuya composición precisa permite obtener uno u otro producto.

El producto final de las empresas dedicadas a la producción y comercialización del acero consiste tanto en acero de distintos tipos, como en productos de primera transformación. En particular, se distinguen tres tipos de acero, que presentan importantes diferencias en cuanto a precios, composición química, campos de aplicación y configuración de las plantas de producción: aceros inoxidables, aleados y al carbono. A partir de los aceros al carbono se obtienen dos tipos de producto dependiendo de su fabricación: productos semi-terminados y productos finales de acero al carbono.

Los productos semi-terminados son obtenidos en una primera fase de producción, no son susceptibles de empleo comercial y requieren de un proceso de laminación en caliente para la fabricación de productos acabados o finales. Por otro lado, los productos finales de acero al carbono pasan previamente por un proceso de laminación en caliente que consiste en hacer pasar el material entre dos cilindros o rodillos, que giran a la misma velocidad y en sentido contrario, y reducir la sección transversal del producto de acero mediante la presión ejercida por éstos, dándole la forma definitiva. De este modo, se obtienen una serie de productos acabados que

se diferencian por su grosor, longitud y tratamiento y se fabrican en trenes de laminación distintos existiendo diferencias significativas en cuanto a sus aplicaciones finales y precios, por lo que se segmentan, a su vez, en dos categorías: productos largos y planos de acero al carbono:

- a. Productos planos: bobinas y láminas, entre otros, que se utilizan en la industria automovilística y en distintas aplicaciones industriales (electrodomésticos, envasado, ingeniería civil y construcciones mecánicas).
- b. Productos largos: vigas, perfiles, barras, alambrón, cables, alambres y mallas, empleados fundamentalmente en la construcción e infraestructuras.

Finalmente es necesario señalar que los productos largos de acero para el refuerzo de estructuras de hormigón armado se distinguen del resto de productos largos de acero al carbono tanto por sus propiedades físicas como técnicas. Los tres productos que conforman dicha categoría serían el alambrón, el corrugado en barra y el corrugado en rollo y se utilizan con el mismo y único objetivo de reforzar el hormigón para la construcción.

(ii) Distribución de acero

El mercado de la distribución de acero constituye un mercado diferenciado del mercado de la producción y venta directa del acero, ya que los pedidos en el mercado de la distribución son de menor valor, los distribuidores pueden responder más rápidamente a las demandas de sus clientes, la distribución puede tener una naturaleza geográfica más local que las ventas directas y hay un gran número de empresas distribuidoras de muy variadas dimensiones y ámbitos de actuación. Asimismo, las operaciones de distribución tienen características propias, los distribuidores de acero no son meras agencias de venta ya que hay un elevado número de ellos independientes (no integrados) en la Unión Europea.

La distribución de acero puede segmentarse en función de dos criterios: la red de distribución y el tipo de producto distribuido. Las redes de distribución utilizadas pueden ser las siguientes:

- a. **Centros de servicios:** compran el producto en crudo directamente de los productores y cortan y procesan el material para adaptarlo a los requerimientos del cliente, por lo que suministran a clientes de todo tipo de tamaño, incluidos los centros de almacenamiento.
- b. **Centros de almacenamiento:** compran el producto en bruto de los productores y lo revenden en cantidades más pequeñas a clientes cuyas necesidades no son lo suficientemente grandes como para comprar directamente a los productores de acero o centros de servicio.

- c. **Centros de oxicorte:** son instalaciones de distribución especializada, en concreto, en las planchas de grosor entre 8 y 6.000 milímetros.

En relación con el tipo de producto distribuido, el mercado de la distribución de productos de acero al carbono podría segmentarse en productos largos y planos y de nuevo, en relación con los primeros, el procesamiento y distribución de productos para el reforzamiento de hormigón reviste características diferentes.

Por lo que respecta a la estructura de la oferta del mercado español de distribución de acero, en particular de productos largos de acero al carbono a través de centros de almacenamiento, está altamente atomizada no habiendo ninguna empresa con una cuota superior al 10% en España y existiendo una importante presencia en el mercado de pequeños almacenes. En el mercado operan suministradores que forman parte de grandes grupos de distribución e incluso distribuidores integrados en grandes fabricantes mundiales, como es el caso de Arcelor Mittal Distribution SL.

Por otro lado, la demanda de la distribución de acero, en particular de productos largos de acero al carbono a través de almacenes, está constituida mayoritariamente por empresas del sector de la construcción e infraestructuras, por lo que existe una demanda muy atomizada por número y tamaño de los clientes. Tales clientes requieren de un suministro variable, no excesivamente grande en volumen y con una respuesta rápida por parte del distribuidor. Los acuerdos no son de suministro exclusivo y los precios se negocian generalmente en cada transacción.

Se trata de un mercado en fase de madurez, en que el cliente es claramente volátil y no caracterizado por la fidelidad a los distribuidores, ya que su elección está basada, fundamentalmente, en el precio y rapidez del servicio de entrega, pero no en la calidad del producto ni en marca alguna, puesto que todos los distribuidores poseen un producto de calidad homogénea. Los propios distribuidores compran a unos u otros productores en función del precio que les ofrecen, ya que el producto en sí es de características muy similares.

Los clientes de este mercado no operan mediante contratos estables, sino que suele operarse a través de pedidos nuevos cuyo precio es fijado cada vez, de forma que el cliente no asume costes de cambio de proveedor.

Finalmente, el mercado de la distribución de productos de acero se caracteriza por la inexistencia de restricciones relevantes de acceso al mercado de la distribución de productos largos de acero al carbono a través de centros de almacenamiento, pudiéndose destacar únicamente la inversión inicial en las instalaciones de almacenamiento. Al margen de ello, no existen barreras de entrada, legales,

tecnológicas o de cualquier otro tipo que configuren el mercado como un mercado impermeable.

TERCERO. Hechos Acreditados

La DI en su IPR recoge los hechos acreditados transcritos en el PCH y que se reproducen a continuación:

“5. HECHOS ACREDITADOS

5.1. El 23 de marzo de 2006, en el seno de la Asociación de Almacenistas de Hierros Extremadura (AAHE) se llevó a cabo una reunión informal en la que se decidió subir los precios en un momento temporal concreto, hechos que fueron comunicados por el Presidente de la AAHE a la Secretaria de la UAHE por correo electrónico de 27 de marzo de 2006. Además, en ese correo electrónico de 27 de marzo se menciona que en el seno de la AAHE existen acuerdos que el Presidente de la AAHE confirma que son para desglosar en las facturas emitidas a los clientes el coste de todos los servicios que realmente se prestan y diferenciarlos del precio de venta del producto.

- (37) *Con fecha 23 de marzo de 2006, se celebró una reunión de la Asamblea General de la Asociación (...) a la que asistió como invitado la UAHE con el objetivo de dar a conocer a los miembros de la Asociación las funciones, finalidad y objetivos de la UAHE, para atraer a nuevos socios según la AAHE, “da comienzo a la reunión el Presidente de la UAHE, D. [XXX], haciendo una presentación en Power-Point sobre la Unión de Almacenistas de Hierros de España, en la que explicaba cuáles son los objetivos de la UAHE y para qué sirve la UAHE.”(folio 314).*
- (38) *Tras la reunión de la Asamblea General, a continuación, ese mismo día, los asistentes mantuvieron otra reunión en la que decidieron subir los precios a partir del lunes 27 de marzo de 2006. Así lo señala el propio Presidente de la AAHE (D. [XXX]), en el correo electrónico enviado el 27 de marzo de 2006 a la Secretaria de la UAHE (D^a [XXX]): “Luego tuvimos una mini reunión (...) comentando los temas que se habían tocado en la reunión y decidimos subir los precios a partir de hoy lunes.” (folio 5).*
- (39) *Asimismo, en contestación al requerimiento de información de fecha 13 de octubre en el que se requirió expresamente sobre el contenido del citado correo, y más concretamente sobre en qué consistían los*

acuerdos, quién participó en la reunión y los productos a los que se aplicaría la subida de precios, el Presidente de la Asociación, declaró: (folio 345),

“En cualquier caso, lo que si les puedo asegurar con total sinceridad es que en dicho encuentro (celebrado después de la Asamblea General y la comida que siguió a la misma) no se adoptaron en ningún caso acuerdos que pudieran vincular de modo alguno a los distintos miembros de la asociación extremeña, simplemente se comentó coloquialmente por los presentes (quienes recordemos somos competidores en nuestro mercado) la posibilidad de subir los precios de nuestros productos al haber tenido conocimiento de la situación en la que se encontraba realmente nuestro sector por la presentación efectuada en Power-Point por el Presidente de la UAHE Sr. [XXX]”. (subrayado añadido)

- (40) También en el mencionado correo electrónico de 27 de marzo de 2006, se hace referencia a otros acuerdos de la AAHE. Se transcribe a continuación esta parte del correo: “También te puedo decir que hemos conseguido a nivel de Asociación de Extremadura, tener una reunión con él [XXX] en Jerez de los Caballeros, para que su almacén participe en todos los acuerdos que hemos obtenido y nos va a enseñar la fábrica y las obras de lo que va a ser la nueva Acería con invitación a comer y todo. Que te parece lo que hacemos cuando llegamos a ciertas edades. (subrayado añadido)”
- (41) Al respecto, el Presidente de la AAHE ha señalado en contestación al requerimiento remitido que “los acuerdos alcanzados por la Asociación, a los que se hace una alusión genérica en el referido correo electrónico, consistían básicamente en resaltar la conveniencia de que por los miembros de la asociación se desglosara en las facturas emitidas a nuestros clientes, el coste de todos los servicios que realmente se prestaban y diferenciarlos del precio de venta del producto, sin que en dicho acuerdo se entrara a decidir en modo alguno sobre los precios y costes que cada empresa repercutía libremente a sus clientes” (folio 346) (subrayado añadido).

5.2. El 14 de junio de 2006 tuvo lugar una reunión de la Asamblea General de la AAHE en la que se decidió hacer una tarifa de precios mínimos para determinados productos y se recomendó a los asociados repercutir el precio del carburante y del Euribor en sus márgenes comerciales. El contenido de esa reunión también fue comunicado por

el Presidente de la AAHE a la Secretaria de la UAHE por correo electrónico de 26 de junio de 2006.

- (42) Con fecha 14 de junio de 2006, se celebró una reunión de la AAHE⁵ en la que se acordó actualizar los rendimientos comerciales de determinados productos, según queda recogido en el Acta de la Asamblea (folio 351):

“3.- Situación de mercado. Se realiza una rueda de opiniones en la que intervienen todos los asistentes, manifestando en parecidos términos que la situación del mercado actual es muy irregular y está claramente en periodo de retroceso.

Se decide por los asistentes que para mejorar la situación de nuestro Sector, sería conveniente actualizar los rendimientos comerciales de ciertos productos tales como las guías de corredera, el vierteaguas, los UES en frio, los perfiles de carpintería cuadrados macizos de poca rotación pletinas o redondos lisos, a los cuales no se les gana suficiente dinero por la escasa rotación de los mismos, soportando nuestros asociados importantes costes por el mero hecho de tener entre nuestras existencias este tipo de productos de escasa demanda.

El presidente [XXX] muestra su desacuerdo respecto de tal decisión, por considerar que dichos productos, ya tienen suficiente margen de beneficio, y no es momento ahora de encarecer nuestros productos.

Tras deliberar sobre dicha cuestión nuevamente, se decide por los asistentes volver a debatir este tema en próximas reuniones una vez se clarifique el sentido de la propuesta general, debiendo en todo caso, para el supuesto de que finalmente se adopte tal decisión, constituirse una comisión de trabajo expresamente creada al efecto con objeto de determinar los márgenes mínimos de los citados productos.” (subrayado añadido).

- (43) Asimismo, también en esa reunión de la Asamblea, se recomendó repercutir el precio del carburante y del Euribor en sus márgenes comerciales:

“4.- Incidencia de las oscilaciones del precio del carburante y del Euribor en nuestros márgenes comerciales.

⁵ Según el acta de la reunión, las empresas miembros de la AAHE asistentes fueron las siguientes: H. García, Aceros Mérida, H. Zafra, H. Badajoz, H. Díaz Badajoz, Marceliano Martín, H. Montero, Suministros Izard, Hierros y Aluminio y H. Bañuls y Arcelor.

D. [XXX] presenta a los concurrentes una exposición en Power-Point en formato Excell, donde se analiza la repercusión del gasoil en el reparto y de los gastos financieros sobre el descuento de papel comercial, mediante un gráfico evolutivo de las fluctuaciones del precio del gasoil y el Euribor desarrollado con carácter interanual para la mejor comprensión de los presentes.

Dicho estudio pretende concienciar al resto de miembros de la asociación acerca de la conveniencia de repercutir en las operaciones comerciales ofertados, las variaciones/oscilaciones experimentadas tanto por el precio del carburante como del EURIBOR tenido como referencia para el cálculo de los gastos financieros que las operaciones comerciales efectuadas con los clientes conllevan cuando no realiza "pago en efectivo", manifestando la conveniencia de que éstos se calculen con precisión".

- (44) Además de lo previsto en el acta de la Asamblea, con fecha 26 de junio de 2006, el Presidente de la AAHE informó a la UAHE de la aprobación de una tarifa de precios mínimos para una serie de productos y del estudio mencionado sobre la repercusión del gasoil y de los gastos financieros (folio 7). Se transcribe a continuación el contenido de ese correo electrónico:

"Buenos días [XXX]:

- (45) Intentare estar más centrado esta semana y ocuparme de todo mejor. El pasado 14 miércoles, tuvimos nuestra asamblea donde se hizo lectura del acta anterior, (aprobada), se presentaron las cuentas del 2005 y los presupuestos para el 2006 (todo aprobado, fíjate). En el punto de siempre (ineludible, por cierto) situación de mercado, después de decirnos un montón de mentiras, sorprendentemente se calentaron los ánimos con el tema, precios. Y después de un largo y rápido debate porque el partido había que verlo. Se aprobó hacer una tarifa de precios mínimos de todos aquellos productos que el cliente no suele preguntar precios, por ejemplo: la guía de corredera, el vierteaguas, las UES en frío, los perfiles de carpintería cuadrados macizos de poca rotación, pletinas lisos. Todo esto lo consideraron un inicio para acabar haciendo una tarifa de todo para todos. Mi criterio es que esto es una jilipollez pues todos a esos artículos les sacamos mucho margen, pero esto es lo que hay. Por lo demás, todos están muy contentos con los resultados obtenidos por el cobro de servicios. Presentamos un estudio de la repercusión del gasoil en el reparto y de los gastos financieros sobre el descuento y pudieron ver todos lo positivo de cobrar estos servicios. De momento-- mu buen rollo tia--.

Así se dice por ehtah tierra. En fin esto es todo, la cosa va viento en popa a toda vela, confío que dure mucho.” (subrayado añadido).

- (46) *Por otro lado, en contestación al requerimiento de fecha 13 de octubre en el que se requirió aclaración sobre el contenido de dicho correo y, en particular, la pretendida elaboración de una tarifa de precios mínimos, el Presidente de la Asociación declaró: “como era previsible los acuerdos contenidos en el acta que se les adjunta no se ejecutaron pues no se constituyó ninguna comisión para la determinación de unos márgenes mínimos de los citados productos tal y como se había acordado previamente, motivo por el que nunca hubo concertación efectiva de márgenes unificados o igualitarios para los citados productos que venden nuestros asociados” (folio 347).*

5.3. El 15 de noviembre de 2007, tuvo lugar una reunión de la Junta Directiva de la AAHE en la que se consolidó la situación de los servicios a cobrar y se decidió subir los portes en una cuantía concreta a partir de un determinado momento temporal. El contenido de esa reunión también fue comunicado por el Presidente de la AAHE a la Secretaria General de la UAHE por correo electrónico de 19 de noviembre de 2007.

- (47) *Con fecha 15 de noviembre de 2007 se celebró reunión de la Junta Directiva de la Asociación de Hierros Extremadura a la que asistieron las empresas Hierros Díaz, Hierros Zafra, Hierros Montero, Grupsider y Aceros Mérida (folio 349).*
- (48) *En esta reunión se acordó subir los portes a 2 euros a primeros de año, empezando a cobrar 20 euros por pedido, según queda acreditado en el expediente en el correo remitido por el Presidente de la AAHE a la UAHE. Se transcribe a continuación parte del citado correo electrónico (folio 8):*

“Por cierto el día 15 tuvimos una Junta Directiva a la que asistieron los Almacenistas de Plasencia pues en la zona norte estaban un poco revueltos. No solo consolidamos la situación de los servicios a cobrar, sino que, estamos todos dispuestos a subir los PORTES, 2€ a primeros de año. Es decir empezaríamos a cobrar a 20€ por pedido. Tendremos una reunión el 11/12/07 donde debatiremos sobre el tema.”

- (49) *Como queda reflejado en la respuesta a ese correo electrónico de 19 de noviembre de 2007, mediante correo electrónico de esa misma*

fecha, la UAHE también estaba intentando consolidar la situación de los servicios a cobrar.

“Gracias por las noticias que me cuentas, que son además buenísimas, mas todavía teniendo en cuenta los tiempos que corren. El viernes estuve (...) en la reunión de almacenistas de la Castilla-León, intentado animarles en el tema del cobro de los servicios. Veremos a ver si sirve de algo, parece que ha podido servir como “empujoncito” inicial...así que desde aquí también seguimos en la guerra...”

5.4. Comunicaciones entre la AAHE y la UAHE.

(50) *En este apartado se presentan de forma sistemática las comunicaciones entre la AAHE y la UAHE desarrolladas en los apartados anteriores.*

(51) *La AAHE comunicó a la UAHE, por medio de correos electrónicos, el contenido de determinadas reuniones, propuestas y acciones realizadas dentro de la Asociación. Existen evidencias en el expediente de estos hechos en los siguientes correos:*

- *Correo electrónico de 27 de marzo 2006, en el que el Presidente de la AAHE (D. [XXX]) informó a la Gerente-Secretaria de la UAHE (D^a [XXX]) sobre una reunión con un competidor para que su almacén participe en todos los acuerdos que han obtenido y sobre la decisión en otra reunión con competidores de subir los precios a partir del 27 de marzo (ver párrafo 38, folio 5).*

Se transcribe parte de la respuesta de la UAHE a ese correo electrónico de 27 de marzo de 2006, mediante correo electrónico de la misma fecha, remitido por la Gerente Secretaria de la UAHE al Presidente de la Asociación: “Respecto a la reunión del jueves, también me alegro que haya quedado un “buen sabor de boca” (creo que ha sido mutuo)” (folio 5).

- *Correo electrónico de 26 de junio de 2006, en el que, entre otras cuestiones, el Presidente de la AAHE informó a la Gerente-Secretaria de la UAHE sobre la decisión de hacer una tarifa de precios mínimos para una serie de productos (ver párrafo 42, folio 7).*
- *Correo electrónico de 19 de noviembre de 2007, en el que el Presidente de la AAHE informó a la Gerente-Secretaria de la UAHE*

(D^a [XXX]) del contenido de la reunión de la Junta Directiva de 15 noviembre de 2007 en la que se consolidó la situación de los servicios a cobrar y se decidió subir los portes a primeros de 2008 (ver párrafo 46, folio 8).

- (52) *Se transcribe parte de la respuesta de la UAHE a ese correo electrónico de 19 de noviembre de 2007, mediante correo electrónico de esa misma fecha, remitido por la Gerente Secretaria de la UAHE al Presidente de la Asociación: "Gracias por las noticias que me cuentas, que son además buenísimas, más todavía teniendo en cuenta los tiempos que corren. " (folio 8). Además añadió el intento de la UAHE de animar en una reunión con los almacenistas de Castilla-León al cobro por los servicios.*
- (53) *Además, a las reuniones de la AAHE de 23 de marzo de 2006 (HA 5.1), 14 de junio de 2006 (HA 5.2) y 16 de noviembre de 2007 (HA 5.3) asistió Grupsider, empresa que no forma parte de la AAHE pero sí de la UAHE".*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Normativa aplicable

La DI propone a este Consejo de la CNC que declare la comisión de dos conductas colusorias, una en la que habría participado la AAHE y otra en la que habrían participado tanto la AAHE como la UAHE, tipificadas en el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio de 1989, de Defensa de la Competencia (LDC 1989) y de la Ley 15/2007, de 4 julio, de Defensa de la Competencia (LDC 2007), así como en el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

A. Aplicación de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia

La DI propone la aplicación de la LDC 1989 y de la LDC 2007.

La AAHE alega que la Ley aplicable a las conductas imputadas sería la LDC 1989 a efectos de la potestad sancionadora por ser la más favorable para los imputados.

Tanto la LDC 1989 como la LDC 2007 prohíben en su artículo 1.1.a) la misma conducta: los acuerdos que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de *"la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones*

comerciales o de servicio” en todo o en parte del territorio nacional. Por tanto, a efectos de la calificación jurídica de los hechos probados, no tiene mayor relevancia aplicar una u otra LDC.

Como ya ha manifestado este Consejo en anteriores Resoluciones, en aquellos casos en los que la conducta se extiende en el tiempo durante el plazo de vigencia de una y otra LDC, de acuerdo con el art. 128 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, “Ley 30/92”) resulta necesario aplicar una de ellas, debiendo optar por aquella que resulte más beneficiosa para las empresas imputadas conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable para el infractor del caso concreto (ver, por ejemplo, las RCNC de 24 de noviembre de 2011, Expte. S/0232/10 *PRISA ZETA*; de 31 de julio de 2010, Expte. S/0120/08, *Transitarios*; y de 12 de noviembre de 2009, Expte. S/0037/08, *Compañías Seguro Decenal*). Ello también debe ser así incluso en aquellos casos, como este, en los que las conductas imputadas hayan finalizado con anterioridad a la entrada en vigor de la LDC 2007.

El Consejo considera que, en el marco de este expediente, la LDC 1989 es la Ley sustantiva aplicable a las conductas imputadas en cuanto a su calificación y sanción, no solo por ser la Ley vigente en el momento en el que tuvieron lugar las conductas imputadas, sino también porque las consecuencias jurídicas que se derivarían para las imputadas de la aplicación de la LDC 1989 son más beneficiosas.

En particular, al ser las imputadas asociaciones profesionales de empresarios competidores, constituidas con fines de representación, defensa y coordinación de los intereses comunes de sus asociados, a las que se les imputa la realización de prácticas colusorias, de la confrontación de los artículos 62.4.a) y 63.3.c) del régimen sancionador de la LDC 2007 con el artículo 10 de la LDC 1989, resulta que la eventual multa por la realización de prácticas prohibidas no podría superar la cuantía de 901.518,16 euros (ver, por ejemplo, las RCNC de 26 de abril de 2011, Expte. S/0107/08, *Plataforma del Mejillón*; de 20 de enero de 2011, Expte. S/0196/09, *Colegio Notarial de Asturias*; y de 17 de mayo de 2010, Expte. S/0106/08, *Almacenes de Hierro*).

Por ello, en el marco de este expediente sancionador, el Consejo considera la LDC 1989 la norma más favorable para las imputadas y, en consecuencia, la norma bajo la cual corresponde calificar y, en su caso, sancionar las conductas imputadas en este expediente durante toda su vigencia.

En todo caso, dado que la incoación del expediente se produjo el 18 de noviembre de 2010, su tramitación se ha realizado conforme a las normas procesales de la LDC 2007, pues así resulta de la Disposición transitoria primera de esta norma.

B. Aplicación del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

La Dirección de Investigación considera que las conductas también infringen el artículo 101.1 del TFUE (antes 81.1 del TCE) por su apreciable efecto en el comercio intracomunitario. En concreto, la DI constata que (folio 1210) que *“(101) En este caso concreto, tal y como resulta del apartado 4 del PCH sobre caracterización del mercado, se trata de un producto que por su propia naturaleza puede generar un comercio entre Estados miembros y, por tanto, podría verse afectado el comercio entre los mismos, como de hecho ocurre si se tiene en cuenta que solamente la UAHE engloba, entre otras, a las principales empresas de España en el sector que son multinacionales y exportan a la UE. Además, también las empresas miembros de la AAHE pueden desarrollar su actividad fuera del territorio nacional al ubicarse cercanas a Portugal. Por último, en lo que respecta a la apreciabilidad, las empresas asociadas a la AAHE y UAHE representan un elevado porcentaje del tamaño del mercado de producto, por lo que cabe concluir que las conductas imputadas son adecuadas para poder afectar de forma apreciable los intercambios comunitarios.”*

La AAHE por el contrario considera que la DI no ha constatado indicios de la afectación de las conductas imputadas sobre el comercio intracomunitario en la medida en que no se trataba de acuerdos relativos a la exportación de productos. Además, la ubicación de empresas de AAHE cerca de Portugal no podría llevar a la DI a la conclusión de que los acuerdos de estas empresas afectan el comercio intracomunitario, sin que por otro lado se hayan aportado datos sobre el porcentaje de ventas a Portugal de las empresas asociadas a la AAHE en el intervalo marzo-junio 2006. Por otro lado, la AAHE recuerda que entonces grandes empresas como Alfonso Gallardo SA y ArcelorMittal Distribución no pertenecían a AAHE y que la DI se habría limitado a transcribir el mercado delimitado en el expediente S/0106/08 en el que resultó sancionada la UAHE.

Como ya ha recordado este Consejo en varias ocasiones, las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado (ahora artículos 101 y 102 del TFUE)⁶ (en adelante, “Directrices”) afirman que, al aplicar el criterio del efecto sobre el comercio, deben tenerse especialmente

⁶ Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado, DOUE C 101, de 27 abril de 2004, p. 81.

en cuenta tres elementos: a) el concepto de “comercio entre los Estados miembros”; b) la noción de “pueda afectar” y c) el concepto de “apreciabilidad”⁷.

De acuerdo con las citadas Directrices, el concepto de “comercio” no se limita a los tradicionales intercambios transfronterizos de bienes y servicios, sino que es un concepto más amplio que abarca toda actividad económica transfronteriza. El “*producir un efecto*” en el “*comercio entre los Estados miembros*” implica que debe haber un impacto en la actividad económica transfronteriza que repercuta, por lo menos, en dos Estados miembros. No es necesario que el acuerdo o la práctica afecten al comercio entre un Estado miembro y el conjunto de otro Estado miembro. Las Directrices recuerdan que el comercio entre Estados miembros también puede verse afectado en caso de que el mercado pertinente sea nacional o subnacional. Esta interpretación de las Directrices es coherente con el objetivo fundamental del Tratado de promover la libre circulación de mercancías, servicios, personas y capitales.

De acuerdo también con las Directrices, la evaluación de la apreciabilidad depende de las circunstancias de cada asunto, en particular de la naturaleza del acuerdo o práctica, de la naturaleza de los productos de que se trate y de la posición de mercado de las empresas afectadas. Cuando, por su propia naturaleza, el acuerdo o práctica puede afectar al comercio entre los Estados miembros, el umbral de apreciabilidad es inferior.

En relación a la naturaleza de la práctica, los acuerdos sobre precios y reparto de mercado de los productos en un Estado miembro redundan en una compartimentación de la evolución de precios de los mercados nacionales con respecto al Mercado Interior Único, lo que hace que su efecto sobre el comercio intracomunitario sea claro, sin que sea necesario ni obligatorio “*calcular el volumen real del comercio entre los Estados miembros afectados por el acuerdo o práctica (...)*” (apartado 27 de las Directrices).

Además, de acuerdo con la DI, este Consejo considera que la afectación del comercio comunitario también se infiere de la naturaleza de los productos objeto de las prácticas que “*por su naturaleza, (...) se comercian fácilmente a través de las fronteras o son importantes para las empresas que quieren introducirse o ampliar sus actividades en otros Estados miembros*” (apartado 30 de las Directrices).

En primer lugar, las prácticas imputadas en cuestión se refieren a la fijación de precios en el mercado nacional por una asociación de carácter regional donde aproximadamente el 70% de sus miembros lo son también de la asociación nacional. Y, como recogen las Directrices, este tipo de prácticas son más

⁷ Ver, por ejemplo, las RCNC de 2 de marzo de 2012, S/0157/09 *EGEDA*; de 2 de diciembre de 2011, Expte. S/0251/10 *Envases Hortofrutícolas*; y de 31 de julio de 2010, Expte. S/0120/08, *Transitarios*.

susceptibles que otras para redundar en una compartimentación de la evolución de precios del mercado español con respecto al Mercado Interior.

En segundo lugar, tal y como resulta del apartado 4 del PCH sobre caracterización del mercado (folios 760 a 762), las prácticas analizadas tienen por objeto productos que, por su propia naturaleza, son susceptibles de provenir del comercio entre los Estados miembros, de forma que los acuerdos de precios entre estos productos pueden compartimentar el mercado afectando de forma significativa el comercio entre los mismos.

En efecto, como ya se ha constatado en la delimitación del mercado relevante, los productos derivados del acero como los comercializados por los miembros de la AAHE y de la UAHE, son productos no perecederos que, por su propia naturaleza, pueden ser objeto de relaciones comerciales intracomunitarias. Muchos de estos productos pueden ser importados por almacenes y éstos a su vez pueden comercializarlos allí donde exista demanda en un radio de actuación amplio, que incluye como mínimo todo el territorio nacional.

De hecho, la mayoría de las empresas miembros de la AAHE han admitido en sus contestaciones a los requerimientos de información que comercializan sus productos en todo el territorio nacional y el 50% de ellas en el extranjero, en concreto, en Portugal. Además, todas ellas han confirmado explícitamente que no existe ninguna diferencia en su política comercial o de precios en función de la zona geográfica en la que se encuentren sus clientes.

En todo caso, y pese a las contestaciones a los requerimientos de información de las asociadas de AAHE, lo cierto es que la cercanía de las empresas a la frontera portuguesa, el carácter nacional del mercado relevante y la naturaleza de los productos comercializados (no perecederos, susceptibles de comercialización en el marco de relaciones intracomunitarias, etc.), entre otros, son indicios suficientes para presuponer la existencia de relaciones transfronterizas y, en todo caso, la afectación del comercio intracomunitario.

Por último, como ha quedado recogido en el expediente, durante la instrucción al menos 14 de las 20 empresas de la AAHE pertenecen también a la UAHE, asociación de carácter nacional que agrupa al 90% de los productores y comercializadores del sector, incluidas por supuesto multinacionales que exportan a la UE, de forma que las empresas asociadas a la AAHE y UAHE representan un elevado porcentaje del tamaño del mercado de producto.

A la vista de lo anterior, el Consejo concluye al igual que la DI que cabe apreciar indicios de posible afectación significativa del comercio intracomunitario, y por tanto resulta de plena aplicación el artículo 101 del TFUE.

SEGUNDO. Imputación realizada por la Dirección de Investigación

La DI considera que (folio 770):

“En los términos previstos en la LDC y partiendo de los hechos acreditados descritos en el presente pliego, se podría deducir la existencia de las siguientes conductas contrarias al artículo 1 de la Ley 16/1989, de la LDC y 101 del TFUE:

- 1. Acuerdos de fijación de precios y condiciones comerciales en el seno de la AAHE durante los años 2006 y 2007.*
- 2. Intercambios de información anticompetitivos entre la AAHE y la UAHE durante los años 2006 y 2007”.*

Tras las alegaciones y actuaciones posteriores al PCH, en su IPR, la DI afirma que (folio 1027):

“(88) Por tanto, deben reiterarse las conclusiones del PCH de que las conductas llevadas a cabo en el seno de la AAHE consistentes en: i) acordar subir los precios de sus productos a partir del 27 de marzo de 2006 (acordado en reunión informal de los miembros de la AAHE el 23 de marzo de 2006) [Ver apartados 5.1 del PCH y 6.1 del PCH, sobre el hecho acreditado y su valoración jurídica] y en decidir hacer una tarifa de precios mínimos (se decidió en la Asamblea General de 14 de junio de 2006) para determinados productos concretos (guías de corredera, vierteaguas, los UES en frío, los perfiles de carpintería cuadrados macizos de poca rotación, pletinas o redondos lisos) [Ver apartados 5.2 y 6.1 del PCH, sobre el hecho acreditado y su valoración jurídica], y llevar a cabo intercambios de información anticompetitivos entre la AAHE y la UAHE mediante los correos electrónicos de 27 de marzo de 2006 y de 26 de junio de 2006 [Ver apartados 5.4 y 6.2 del PCH, sobre el hecho acreditado y su valoración jurídica], constituyen infracciones tipificadas en el artículo 1 de la Ley 16/1989 y de la LDC, así como el artículo 101 del TFUE”.

La DI considera que las prácticas anticompetitivas imputadas son infracciones por objeto. En concreto, considera que (folios 1207 a 1209):

“(91) (...) las actuaciones llevadas a cabo en el seno de la AAHE consistentes en acuerdos de subida de precios y de una tarifa de precios mínimos, así como la comunicación de estrategias empresariales entre AAHE y la UAHE constituyen infracciones por objeto, con clara aptitud para producir efectos y, por tanto, no es necesario probar la existencia de efectos.

(92) En relación con la aptitud para producir efectos de los acuerdos de

fijación de precios, señala la Comunicación CE de 2004 sobre la competencia en los servicios profesionales que “Los precios fijos y los precios mínimos son los instrumentos reguladores que pueden producir los efectos más perjudiciales sobre la competencia, suprimiendo o reduciendo considerablemente los beneficios que los consumidores obtienen en los mercados competitivos.” Asimismo, las Directrices de la CE de 2010 sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal consideran la fijación de precios como una restricción de la competencia por el objeto. Por su parte el Consejo de la CNC [Resolución del Consejo de la CNC de 26 de abril de 2011 en el expediente S/0107/08, Plataforma del Mejillón] ha señalado que “La fijación de precios y el reparto de mercado son conductas que objetivamente distorsionan la competencia”.

(93) Con respecto a los intercambios de información, las Directrices de la CE de 2010 sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal señalan que “Cualquier intercambio de información cuyo objetivo sea la restricción de la competencia se considerará restricción de la competencia por el objeto”. En la misma línea se ha pronunciado el Consejo de la CNC [Resolución del Consejo de 21 de enero de 2010 en el Expte. S/0084/08 Fabricantes de gel]. A la vista de los precedentes, en este caso concreto, no cabe duda para esta DI que el intercambio de información entre la AAHE y la UAHE es infracción por el objeto, como ya se señalaba en el PCH (párrafo 73), pues directamente se comunican las propias prácticas anticompetitivas decididas en el seno de la AAHE a la UAHE, cuyos asociados, además, son competidores de los asociados a la AAHE.

(94) Además, la aptitud de las conductas para producir efectos viene reforzada en este caso por la propia representatividad de las asociaciones implicadas, ya que la AAHE agrupa a los almacenistas ubicados en Extremadura, y la UAHE representa el 90% de lo comercializado por almacenes abiertos al público en España.

(95) Por tanto, el hecho de que los acuerdos se hayan seguido o no por los asociados resulta irrelevante para determinar la existencia de infracción ya que el tipo del artículo 1 LDC y 101 TFUE no exige la producción de efectos, sino que ésta se perfecciona con la capacidad o aptitud de la conducta para producirlos en una medida apreciable, aunque no se manifiesten [Resolución del Consejo de la CNC de 10 de mayo de 2011, Expte. 2761/07 Asociación Editores Diarios Españoles: “El seguimiento efectivo por los asociados de la recomendación no forma parte del elemento del tipo, porque lo relevante para la prohibición, además del origen colectivo, es la aptitud de la recomendación para armonizar u homogeneizar el comportamiento competitivo de los asociados.”].

En vista de lo actuado y conforme al artículo 50.4 de la LDC 2007, la DI propone a este Consejo:

“Primero. Que se declare la existencia de conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989 y de la LDC, así como del artículo 101 del TFUE, consistentes en acordar subir los precios de sus productos a partir del 27 de marzo de 2006 (acordado en reunión informal de los miembros de la AAHE el 23 de marzo de 2006) y en decidir hacer una tarifa de precios mínimos (se decidió en la Asamblea General de la AAHE de 14 de junio de 2006) para determinados productos concretos (guías de corredera, vierteaguas, los UES en frío, los perfiles de carpintería cuadrados macizos de poca rotación, pletinas o redondos lisos), así como llevar a cabo intercambios de información anticompetitivos entre la AAHE y la UAHE mediante los correos electrónicos de 27 de marzo de 2006 y de 26 de junio de 2006.

Segundo. Que las conductas prohibidas se tipifiquen, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracciones muy graves del artículo 62.4.a) de la LDC.

Tercero. Que se declare responsable a la AAHE de la infracción relativa al acuerdo de subir los precios de sus productos a partir del 27 de marzo de 2006 y hacer una tarifa de precios mínimos para determinados productos concretos, y que se declaren responsables a la AAHE y a la UAHE de la infracción relativa al intercambio de información.

Cuarto. Que se imponga a cada una de ellas la sanción prevista en el artículo 63 de la LDC, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la LDC.”

TERCERO. Alegaciones de las Partes

En relación con las conductas recogidas en el expediente, las partes han realizado las siguientes alegaciones.

Alegaciones de la AAHE

La AAHE manifiesta que la DI ha hecho una utilización fraudulenta de la institución de las diligencias previas que implicaría la nulidad del procedimiento y en todo caso su caducidad. Además, considera que las conductas han prescrito en lo que se refiere a la AAHE y que, en todo caso, las infracciones que se le imputan ya habrían sido sancionadas en la Resolución de la CNC de 17 de mayo de 2010, expediente S/0106/08, *Almacenes de Hierro*.

Por otro lado, niega que se hayan cometido las infracciones imputadas. En concreto, niega que se alcanzase acuerdo alguno para subir los precios en la reunión posterior a la asamblea general de 23 de marzo de 2006. Explica que las expresiones del correo electrónico fueron incorrectas dando lugar a una interpretación errónea y que, en todo caso, se referirían a las condiciones generales de contratación que recomendaba la UAHE que formaron parte del mencionado expediente S/0106/08. En cuanto al establecimiento de tarifas mínimas para determinados productos discutido en la asamblea de 14 de junio de 2006, afirma que nunca llegó a implementarse. En definitiva, niegan que los hechos declarados como probados tengan sustento probatorio para fundamentar la imputación.

En relación con el intercambio de información, considera que los correos electrónicos no pueden catalogarse como tal y que, en todo caso, los referidos correos electrónicos deben enmarcarse en las conductas ya sancionadas del expediente S/0106/08.

En cuanto a la normativa aplicable, como ya se ha indicado, la AAHE considera que la DI ha realizado una aplicación improcedente de la LDC 2007 pues, en todo caso, de existir alguna infracción, resultaría únicamente aplicable la LDC 1989 con el límite máximo de sanción prevista para las asociaciones de 901.518,16 euros; y del artículo 101 TFUE, pues no habría acreditado la afectación del comercio intracomunitario por las conductas analizadas.

Por último, la AAHE alega que las prácticas imputadas no han tenido efectos en el mercado, que la DI imputa infracciones por objeto porque no ha podido acreditar los efectos e invoca, a los efectos hipotéticos de una supuesta sanción, los principios rectores del procedimiento sancionador en cuanto a la calificación de hechos menos graves, aplicación de atenuantes y graduación de sanción a mínimos.

Alegaciones de la UAHE

La UAHE también alega la prescripción del expediente, así como su caducidad. Considera que se han infringido los principios de seguridad jurídica, en la medida en que la práctica imputada a la UAHE no está tipificada y carece de soporte legal, y de *non bis in ídem*, pues, en su caso, se trataría de una conducta ya sancionada en el marco del expediente S/0106/08, *Almacenes de Hierro*.

En cuanto al intercambio de información, considera que las asociaciones no pueden ser sujetos infractores de este tipo de prácticas (únicamente de decisiones o recomendaciones) pues la información intercambiada no puede tener incidencia alguna en la actividad de las asociaciones al no ser competidores, que el receptor

de la ayuda es una mera gerente sin capacidad de decisión alguna en la UAHE y que, en todo caso, no podría tratarse de una infracción por objeto de forma que sería preciso acreditar que el mismo habría tenido efectos. Sobre este particular, matiza que la DI no ha encontrado ninguna prueba de la difusión de la información intercambiada entre los asociados pese a la gran cantidad de información recabada y que la estructura del mercado así como la información intercambiada impedirían la realización de dichos efectos. Por último, critica el rigor probatorio de la DI.

CUARTO. Análisis de las alegaciones previas y de procedimiento

Antes de proceder a la valoración sustantiva de la infracción imputada, procede analizar las cuestiones previas y de procedimiento que las partes han suscitado en la tramitación del expediente, tanto en la fase de instrucción ante la DI como en la fase de resolución ante el Consejo.

Básicamente, las alegaciones de la AAHE y la UAHE pueden agruparse en tres categorías: aquellas relativas a la prescripción y caducidad del expediente y al fraude de ley; aquellas relativas a la infracción del principio *non bis in ídem* en relación con el expediente S/0106/08; y aquellas que propugnan la violación de sus derechos de defensa de forma que se les habría generado indefensión durante el procedimiento.

(i) Prescripción y Caducidad

Como se ha indicado, tanto las alegaciones de la UAHE como de la AAHE incluyen consideraciones en torno a la caducidad del expediente y/o su prescripción.

La UAHE considera que, en virtud del art. 68 LDC 2007, la supuesta infracción habría prescrito el 26/06/2010, fecha en la que se cumplen 4 años desde la fecha de la última infracción (26/06/2006).

Según la UAHE no cabe apreciar actos interruptivos de la prescripción al encontrarse el expediente S/0254/10 *Hierros de Extremadura* caducado en lo que a la UAHE afecta, en virtud de los arts. 44 y 92 de la Ley 30/1992. De acuerdo con la argumentación de la UAHE, dado el momento y origen de la información en el curso del expediente S/0106/08 *Almacenes de Hierro*, la fecha de inicio del plazo de caducidad corresponde al 7 de octubre de 2009 (fecha en la que se produjo el desglose e incorporación de la información obrante en el S/0106/08 a la Información reservada del presente expediente S/0254/10), en la medida en que habría transcurrido un tiempo excesivo entre dicha incorporación y la incoación del presente expediente el 18 de octubre de 2010. Lo contrario, según la UAHE, significaría que la DI podría abrir indefinida y periódicamente expedientes sancionadores a raíz de documentación recopilada en una primera investigación.

En definitiva, según la UAHE, el expediente habría caducado el 7 de abril de 2011 (18 meses después de la incorporación de la documentación a este expediente). Por ello, el plazo de prescripción no se habría interrumpido, en virtud del artículo 92 de la Ley 30/1992 y, habiendo finalizado la supuesta infracción en junio de 2006, la misma estaría prescrita desde el 26 de junio de 2010.

Por su parte, la AAHE considera que las supuestas infracciones ya habrían prescrito en virtud del art. 68 LDC 2007 al haber transcurrido más de cuatro años (en concreto, cuatro años y cuatro meses) desde la comisión de éstas y la incoación del expediente sancionador el 18/11/2010. Según la AAHE, respecto a ella la prescripción no se habría visto interrumpida por la incorporación de la documentación obrante en el expediente S/0106/08 a la Información Reservada porque la AAHE, a diferencia de la UAHE, no fue formalmente informada de este trámite, y con el requerimiento de información de la DI de 17 de febrero de 2010, tan solo habría tenido un conocimiento “tangencial” de la situación. Este Consejo no puede acoger los anteriores argumentos.

En relación con la caducidad, como ya ha manifestado este Consejo en varias ocasiones (ver por todas la Resolución de la CNC de 31 de julio de 2010, S/0120/08 Transitorios): *“De acuerdo con el Artículo 36.1 LDC, el plazo máximo para dictar y notificar la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador por conductas restrictivas de la competencia será de dieciocho meses a contar desde la fecha del acuerdo de incoación del mismo y sujeto a las causas de suspensión legalmente tasadas”*.

La UAHE pretende que se adopte como fecha de incoación a los efectos de este artículo, la fecha de incorporación de la documentación a la Información Reservada (prácticamente un año antes de la incoación del procedimiento).

Como de forma reiterada se ha pronunciado la jurisprudencia (ver, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2007, de febrero de 1985 o 26 de mayo de 1987, la sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de septiembre de 2001, la sentencia de TSJ de Castilla León de 27 de febrero de 1999 y la sentencia del TSJ de Aragón de 28 de julio de 2003), las Diligencias previas realizadas durante la Información Reservada, no forman parte del procedimiento sancionador ni computan a efectos de caducidad del mismo, ya que no son propiamente expediente administrativo.

En cuanto al comienzo del cómputo del plazo de la caducidad, la LDC 2007 es clara en este extremo: el plazo de caducidad comienza a computarse desde la fecha de incoación. En este caso, el procedimiento fue incoado el 18 de noviembre de 2010 y, como ha afirmado el TS en la misma Sentencia de 26 de diciembre de 2007 *“...la mayor o menor duración de la fase preliminar no lleva aparejada la caducidad del procedimiento ulterior...”*.

Por otro lado, el cómputo de los 18 meses previstos para la instrucción y resolución del procedimiento en la Ley se ha visto suspendido por distintas actuaciones, tal y como prevé igualmente la LDC, sin que sobre estas suspensiones hayan alegado nada las partes.

Por tanto, conforme a lo anterior, en la fecha de adopción de esta Resolución, todavía no habría transcurrido el plazo de caducidad previsto en el art. 36 de la LDC que se adopta dentro del plazo de caducidad establecido al efecto.

Resuelta la alegación de la UAHE en torno a la caducidad, deviene infundamentada su alegación relativa a la prescripción pues, no habiendo caducado el procedimiento, cualquiera de los actos acometidos por la DI durante el trámite de Información Reservada tiene capacidad interruptiva de la prescripción como expresamente prevé el artículo 68.3 de la LDC. En todo caso, sobre este particular, este Consejo quiere recordar que la caducidad solo es eficaz, y produce efectos, cuando se declara administrativa o judicialmente. Dado que dicha declaración de caducidad no se ha producido en sede del procedimiento S/254/2010, la prescripción no ha podido interrumpirse en ningún caso. En efecto, la institución de la caducidad no es automática. Es preciso su declaración previa a solicitud de las partes o declaración de oficio y, salvo la alegación genérica transcrita, la UAHE nunca ha solicitado ni ante la DI ni en este trámite una declaración de caducidad del procedimiento.

Respecto a las alegaciones de la AAHE en relación con la prescripción, basta remitirnos a la capacidad interruptiva de cualquiera de los actos adoptados por la DI en relación con la AAHE, y muy particularmente el requerimiento de información dirigido a la AAHE el 17 de febrero de 2010.

(ii) Fraude de Ley

La AAHE alega la nulidad del procedimiento en la medida en que la DI habría hecho una utilización fraudulenta de la institución de las diligencias previas en el trámite de información reservada.

En concreto, según la AAHE, la DI habría incurrido en el supuesto de fraude de Ley contemplado en el artículo 6.4 del Código Civil, por pretender burlar la aplicación de los artículos 49 LDC 2007 y 2 del RDC usando el requerimiento de información para evitar la caducidad del expediente sancionador. Así, según la AAHE, no es admisible que se tenga conocimiento de unos hechos (el 9 de julio de 2008 cuando tuvo lugar la inspección) y que no se incoe el procedimiento sancionador relativo a esos hechos hasta dos años, cuatro meses y nueve días después (esto es, el 18 de noviembre de 2010). Durante ese periodo tan solo se habrían realizado a la AAHE y sus asociadas unos requerimientos de información (empezando el 17 de febrero

de 2010) de los cuales la DI no habría obtenido pruebas complementarias. De hecho, señala que la AAHE solo tiene conocimiento formal del expediente a partir de esa fecha.

En relación con esta alegación, el Consejo recuerda que la figura del Fraude de Ley contemplada en el artículo 6.4 del Código Civil, requiere una intención defraudatoria cuya carga de la prueba recae sobre aquel que la alega. Aunque sería más correcto técnicamente hablar, cuando se trata del ejercicio por una administración de sus potestades legalmente atribuidas, de desviación de poder, tal y como se encuentra definida en el art. 70.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en este caso concreto, su concurrencia implicaría que la DI habría utilizado la información reservada para soslayar la caducidad del procedimiento sancionador o para interrumpir forzosamente la prescripción.

Sobre esta alegación, consideramos que en la tramitación de este expediente coexisten circunstancias concretas que explican el lapso de tiempo transcurrido desde la inspección y posterior incorporación de la documentación a la Información Reservada del S/0254/10, ofreciendo una explicación más plausible que el ánimo defraudatorio de la DI, como es precisamente la existencia de un procedimiento sobre hechos sucedidos paralelamente a los aquí enjuiciados, siendo razonable deducir que lo acreditado en aquel pudiera tener una posible influencia en este.

En efecto, en el marco del expediente S/0106/08, la DI realizó una serie de inspecciones recabando una cantidad significativa de documentación. Durante el análisis de la información recabada en ese expediente, se identificaron pruebas que podrían estar relacionadas con otras infracciones autónomas y que aconsejaban *a priori* una instrucción y procedimiento separados. Se procedió entonces al desglose de dicha documentación y su incorporación a las correspondientes informaciones reservadas. Desde la incorporación de la documentación a la Información reservada S/0254/10 el 7 de octubre de 2009 hasta la incoación del procedimiento el 18 de noviembre de 2010, transcurrieron 13 meses durante los cuales la DI tramitó alegaciones de las partes y dirigió requerimientos de información no solo a la AAHE y a la UAHE, sino a un total de 20 empresas. Además, debió instruir y alegar para la resolución del recurso planteado por la UAHE, Expte. R/0028/09, *Almacenes de Hierro 2* (Resolución de la CNC de 27 de enero de 2010) precisamente contra el acuerdo de la DI de iniciar la Información Reservada de este expediente y la incorporación a la misma de determinados documentos recabados en la inspección realizada el 9 de julio de 2008.

A la vista de lo anterior, este Consejo considera que no se puede afirmar un ánimo defraudatorio en la DI para prolongar indebidamente el procedimiento sancionador como alegan las partes. Por el contrario, empleó un tiempo de aproximadamente

13 meses para realizar las pesquisas necesarias con el objetivo de reunir los datos e indicios iniciales para determinar si procedía o no el inicio de un expediente sancionador contra unos determinados imputados y unas prácticas concretas, funciones que constituyen precisamente el objeto y finalidad del trámite de la Información Reservada.

Esta cuestión ya ha sido analizada por el Consejo en relación con otro expediente que también tuvo su origen en las inspecciones de la sede de la UAHE de 9 de julio de 2008 (Resolución de la CNC de 17 de diciembre de 2011, Expediente S/0253/10, *Hierros de Andalucía*). Entonces el Consejo afirmó que *“considera que dado el tiempo transcurrido desde la obtención de los citados documentos, julio de 2008, y el momento en que la DI procedió a abrir la información reservada, octubre de 2009, así como el hecho de que estaba en marcha y en estado avanzado de tramitación en esas fechas un expediente sancionador a la Unión de Almacenistas de Hierro de España, a la que pertenecen la mayor parte de los posibles implicados en la conducta, explica que la DI procediera a una contrastación previa sobre la viabilidad del procedimiento sancionador antes de proceder a la incoación”*.

Por tanto, y a falta de prueba de una desviación de poder existente en el ánimo de la DI y deducida de su comportamiento objetivo, podemos concluir que el tiempo durante el cual se mantuvieron abiertas las diligencias previas tuvo una explicación razonable en la coexistencia de una investigación en otro procedimiento, siendo razonable deducir que lo acreditado en aquel, de posible influencia en este, pudiera verse reenviado para que produjera efectos en las diligencias abiertas.

A la vista de lo anterior, procede por tanto desestimar también esta alegación.

(iii) *Infracción del principio Non Bis in Ídem*

Como ya se ha indicado, en el expediente sancionador S/0106/08, el Consejo adoptó resolución sancionadora el 17 de mayo de 2010, en la que resolvió:

“Primero.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y por el artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de la que es autora la Unión de Almacenistas de Hierro de España (UAHE), que ha consistido en recomendar y adoptar un sistema de facturación para sus asociados que fija los recargos a aplicar a los clientes, su cuantía mínima y las condiciones de dicha aplicación. La duración acreditada de esta conducta ha sido de octubre de 1999 a junio de 2008.

Segundo.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de

17 de julio, de Defensa de la Competencia, de la que es autora la Unión de Almacenistas de Hierro de España (UAHE), que ha consistido en adoptar y difundir entre sus asociados modelos de carta sobre alternativas de pago a ofertar a los clientes en periodo vacacional. La duración acreditada de esta conducta ha sido de abril de 2007 a abril de 2008.

Las partes insisten en que la sanción de las prácticas imputadas infringiría el principio de *non bis in ídem*.

La UAHE sostiene que mediante la tramitación de este expediente la DI habría tratado de *“mantener vivo sine die el expediente S/0106/08”* y que ha mostrado un deficiente rigor probatorio al obviar *“la vinculación de los correos electrónicos a los hechos investigados en el expediente S/0106/08”*. En concreto, considera que el primer correo electrónico de 27 de marzo de 2006, se enmarcaría dentro del programa de promoción del nuevo sistema de facturación que pretendía UAHE, de forma que lo informado a la UAHE por la AAHE mediante este correo electrónico ya habría sido recogido en la resolución del expediente S/0106/08. La DI no podría de ningún modo afirmar que la subida anunciada en el correo electrónico de 27 de marzo (*“decidimos subir los precios a partir de hoy”*) estaba referida a servicios distintos de los incluidos en el expediente S/106/08. De hecho, según la UAHE, ésta sería la explicación más razonable. En cuanto al segundo correo electrónico de 6 de junio de 2006, considera que no tiene relación alguna con el anterior de 27 de marzo y trae a colación lo manifestado en la Resolución sancionadora del expediente S/106/08 (FD Quinto) al objeto de justificar que el email controvertido se enmarca en ese expediente: *“El Consejo no puede compartir ese método de análisis individualizado o por separado de los hechos probados, que tiene por objeto presentar de forma artificiosa como conductas autónomas, no conectadas entre sí, hechos que se suceden en el tiempo de forma lógica conforme a una estrategia anticompetitiva por objeto, que se revela con claridad si realiza un examen global del conjunto de los hechos probados”*.

Por su parte, la AAHE en sus alegaciones al IPR (folio 1356) manifiesta que *“tanto los acuerdos de fijación de precios y condiciones comerciales como los intercambios de información declarados probados en el presente expediente sancionador, se producen en el contexto de la presentación llevada a cabo por D. [XXX] en su calidad de Presidente de la UAHE en aquellos momentos, en la Asamblea de la AAHE celebrada el pasado 23 de marzo de 2006, en la cual, se dio a conocer a nuestros asociados las funciones, finalidad y objetivos de la UAHE, dando a conocer las iniciativas que pretendían llevara cabo (sic) por dicha asociación (entre ellas, el desglose de servicios sancionado finalmente)”*.

La AAHE recuerda al Consejo que **“tales prácticas ya han sido objeto de sanción en el expediente S-106/08, según observamos en el contenido de la resolución de citado expediente publicada en su página Web:**

Párrafo 20.- En el acta de la reunión de la Comisión V de UAHE de 9 de marzo de 2006 se señala que se presentará en la reunión del 23 de marzo con los asociados extremeños los estudios de costes de transporte y financiación; servicios que han sufrido un incremento notable de coste.

Párrafo 22.- Durante reuniones con las asociaciones de zona celebradas en el año 2006, la UAHE dedicó una parte de la presentación a analizar de forma específica el coste de determinados servicios (financiación y transporte): Marzo de 2006: reunión con la Asociación de Almacenistas de Hierros de Extremadura en Cáceres.

Es por ello por lo que es evidente que tales hechos están enmarcado dentro del contexto de la Resolución del citado expediente S-106/08, no pudiendo imputárseles prácticas que ya han sido objeto de la correspondiente sanción, **so pena de vulnerarse el conocido principio "non bis in ídem".** (énfasis en el original).

Por su parte la DI considera que, "en relación con los correos electrónicos de 2006 (...) se considera que el contenido de los mismos relativo a la decisión de subir los precios a partir del 27 de marzo de 2006, así como la tarifa de precios mínimos de determinados productos prevista en el correo de 26 de junio de 2006 no se enmarcan dentro de la práctica sancionada en el expediente S/0106/08, ya que, como el propio interesado señala, el objeto del mismo fue el establecimiento de un sistema de facturación, fijando entre otras cuestiones unos conceptos mínimos de facturación en relación con los portes y los recargos financieros, mientras que en esos correos electrónicos, además de aparecer cuestiones relacionadas con las prácticas sancionadas en el S/0106/08, se comunica por la AAHE a la UAHE la decisión de la AAHE de subir los precios a partir del 27 de marzo de 2006, así como de hacer una tarifa de precios mínimos de determinados productos, que no tienen relación con los portes o los recargos financieros mínimos a que se refería la Resolución del Consejo en el expediente S/0106/08

Por tanto, el intercambio de información sobre la decisión de subir los precios a partir del 27 de marzo de 2006 (mediante el correo electrónico de 27 de marzo de 2006), así como la de hacer una tarifa de precios mínimos de determinados productos (mediante el correo electrónico de 26 de junio de 2006), no guardan relación con el sistema de facturación sancionado en el expediente S/0106/08".

Este Consejo no puede estar de acuerdo con las alegaciones de la UAHE y la AAHE. El hecho de que determinadas prácticas anticompetitivas se produzcan en un contexto determinado, no excluye que las mismas no se hayan generado de forma autónoma. Es más, como se describe en detalle más adelante en el Fundamento de Derecho Quinto, de los hechos acreditados se deduce que es

precisamente en el contexto creado por la UAHE pretendiendo recomendar la adopción de determinadas condiciones comerciales, en el que la AAHE junto con sus asociados, ya reunidos (o *a posteriori* incluso en una “mini-reunión”) decide idear otra serie de prácticas restrictivas, éstas específicas de los miembros de AAHE y con distinto objetivo y finalidad. Así, mientras la UAHE pretendía recomendar un determinado sistema de facturación, la AAHE pretendía fijar los precios de venta de los productos comercializados por sus miembros.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el principio de *non bis in ídem* impediría a la CNC sancionar a la UAHE y la AAHE si existiese identidad de sujetos, hechos y fundamentos jurídicos entre este expediente sancionador y el expediente S/0106/08. No obstante, claramente en este caso no se produce esta triple identidad. En el expediente sancionador concluido el 17 de mayo de 2010, se sancionó principalmente una recomendación colectiva por parte de una asociación a sus asociados para unificar determinadas condiciones comerciales (el sistema de facturación) y la difusión de modelos de carta sobre alternativas de pago en periodo vacacionales. En este expediente se imputa a la AAHE una decisión anticompetitiva para subir los precios de todos los productos que comercializan sus asociados, empezando por *“todos aquellos productos que el cliente no suele preguntar precios”*, con la, cuando menos, aquiescencia de la UAHE como se verá en detalle a continuación.

En consecuencia, la infracción que ahora se imputa a la AAHE y a la AAHE en este expediente se sustenta en hechos paralelos en el tiempo, pero necesariamente distintos, a los considerados en el expediente S/0106/08. Se trata en definitiva de infracciones autónomas que merecen la instrucción de expediente separado en la medida en que: (1) los hechos imputados son distintos; (2) las partes imputadas también difieren; y (3) la fundamentación jurídica no coincide.

Conforme con lo anterior, debe desestimarse esta alegación.

(iv) Sobre la violación de los derechos de defensa que habría generado indefensión

Violación del principio de seguridad jurídica por imprecisión de la imputación

En primer lugar, tanto la AAHE como la UAHE alegan una falta de precisión de la imputación que se le realiza en el PCH y en la PR en infracción del principio de seguridad jurídica. En concreto, la UAHE considera que la imputación que se le realiza es muy confusa y poco entendible (folios 936, alegaciones al PCH y folio 1334, alegaciones al IPR). Por su parte, la AAHE, alega la necesidad de concretar los hechos probados que se imputan realmente (folios 974 y 975 de las alegaciones al PCH, y reiteración de las mismas en sus alegaciones al IPR, folio 1337).

Este Consejo coincide con la DI en no apreciar indefensión alguna en este motivo. La DI realiza en el apartado 70 del PCH una nítida separación de las prácticas que constituyen el objeto del expediente y que por tanto se imputan a las asociaciones, de las prácticas que considera expresamente *“efectos concretos de la conducta imputada a la UAHE mediante Resolución del Consejo de la CNC, de 17 de mayo de 2010, en el expediente S/106/08 Almacenes de Hierro, consistente en recomendar y adoptar un sistema de facturación para sus asociados”*.

Tanto la UAHE como la AAHE parecen confundir los “Hechos Acreditados”, que no son más que hechos probados, con la imputación. Como ha explicado este Consejo, a su juicio las conductas imputadas adquieren lógica precisamente en un contexto como el descrito por la DI en los Hechos Acreditados del PCH, pero no por ello pierden un ápice de su carácter de infracción autónoma merecedora de la incoación de un expediente sancionador diferenciado del S/0106/08.

Este motivo se encuentra estrechamente relacionado con las alegaciones en relación con el principio de *non bis in ídem*, en la medida en que las partes pretenden hacer descansar la confusión de la imputación en que las conductas (claramente) imputadas realmente constituyen efectos o forman parte de las ya sancionadas en el expediente S/0106/08.

Conforme con lo anterior, debe desestimarse esta alegación.

Violación de los derechos de defensa por la denegación de acceso a determinadas partes del expediente

En su escrito de alegaciones al PCH, la AAHE solicitó entre otras que se practicara la siguiente prueba: *“se levante la confidencialidad de las facturas aportadas por los miembros de la AAHE requeridas en fecha 24 de mayo de 2010, o en su defecto de las series estadísticas en las que se basan los gráficos impresos en los folios 710-714 del expediente”* (ahora folios 686 a 690).

La fundamentación de esta prueba debe extraerse de su escrito de alegaciones al PCH que da por reproducido en su escrito de alegaciones a la IPR, así como la prueba documental aportada entonces.

Según la AAHE, el mantenimiento de la confidencialidad de las facturas o las series estadísticas en las que se basan los gráficos impresos a los que hace alusión, le produce indefensión en la medida en que desconoce los criterios empleados para realizar el muestreo con los que se elaboraron dichos gráficos.

Pese a las alegaciones de indefensión que habría generado la confidencialidad de dicha información, la AAHE aportó en su escrito de alegaciones al PCH

documentación e información relativa a la evolución del precio de la chatarra y su posible impacto en el precio de algunos de los productos de sus asociados, en concreto, de las pletinas (cuyas oscilaciones de precio había estudiado la DI) para contestar las conclusiones alcanzadas por la DI en su PCH.

Este Consejo coincide con la DI sobre la impertinencia de la alegación de indefensión material por este motivo. En nuestra opinión, no solo no se ha producido vulneración alguna de los derechos de defensa de la AAHE como consecuencia de la declaración de confidencialidad de esta información, sino que además, no habría podido producirse en la medida en que: (1) no se ha realizado imputación alguna en virtud de la información sobre el análisis de la muestra representativa de facturas que se incluyó en el apartado 5.5 del PCH, como ya admite la DI; y (2) las referidas facturas no forman parte del expediente. En efecto, mediante escritos de 16 y 17 de junio de 2011 la DI puso en la sede de la CNC las facturas a disposición de las empresas *“por no resultar necesaria(s) para la instrucción del expediente”*. No obstante, y dado que ninguna empresa acudió a la sede de la CNC a recoger su documentación, en septiembre de 2011, la DI procedió a devolver la documentación a cada una de las empresas a través de un mensajero. Por tanto, desde junio de 2011, las aludidas facturas ni siquiera forman parte del expediente.

A estos efectos conviene recordar que la indefensión que lleva a la anulación de un resolución administrativa, ex art. 63 de la Ley 30/1992 en redacción dada por Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, es aquella que produce indefensión material, y no una mera irregularidad formal. En el caso presente, más allá de la invocación de una discrepancia procedimental sobre la entrega de documentación, no se ha justificado la importancia para la efectividad del derecho de defensa de la solicitud efectuada.

En definitiva, con la denegación de acceso a información confidencial no se le ha hurtado a la asociación imputada prueba de cargo alguna que pudiera haberle causado indefensión.

Conforme con lo anterior, es indiscutible que no ha habido vulneración del derecho de defensa, por lo que debe desestimarse esta alegación.

Violación de los derechos de defensa por la denegación de acceso al expediente de la CNC en fase de resolución ante el Consejo

Desde el inicio de la fase de resolución del procedimiento, la UAHE ha solicitado acceso al expediente. En un primer momento se dirigió telefónicamente a la Secretaría de la CNC solicitando acceder al expediente (solicitud que le fue denegada) y, posteriormente, mediante escritos de 4 de mayo de 2012 y de 11 de mayo siguiente, solicitó formalmente por escrito acceso al expediente junto con una

motivación de, en su caso, la denegación del mismo (folios 1422 a 1423 y 1430 a 1431).

La UAHE alega que tiene derecho a acceder al expediente en virtud de lo dispuesto en el artículo 35 a) de la Ley 30/1992 de Régimen Administrativo de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/32). Además, añade, en la medida en que el artículo 42 de la LDC 2007 no habilita en ningún momento a la CNC a declarar confidencial el “borrador de resolución” que, dice la UAHE, “ella misma envía a la Comisión Europea” en virtud del trámite regulado en el artículo 11.4 del Reglamento 1/2003, de aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE, tiene derecho a solicitar acceso al expediente y a acceder concretamente a ese “borrador de resolución”. Una hipotética negativa de acceso por parte del Consejo de la CNC causaría indefensión a la UAHE al verse privada del ejercicio de sus derechos de defensa.

El procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia se rige por lo dispuesto en la LDC 2007 y, supletoriamente, por las previsiones contenidas en la Ley 30/1992. Conforme a la normativa aplicable, ha de valorarse si la denegación de acceso a un expediente en fase de resolución y sin la práctica de actuaciones complementarias puede causar indefensión.

Como ha reiterado este Consejo en múltiples ocasiones (ver por todas la Resolución de la CNC de 12 de noviembre de 2009, Expte. S/0037/08, *Seguro Decenal*) “salvo que el Consejo ordene la práctica de pruebas o diligencias complementarias, en cuyo caso es preciso dar a las partes la participación e intervención que establece la Ley, el expediente había quedado listo para su resolución y el Consejo no tenía más información que aquella que las partes habían podido conocer durante la fase de instrucción, salvo los escritos de alegaciones de las partes a la PR y el informe de la DI que debe acompañar a la remisión del expediente al Consejo. Documentos estos que están dirigidos al Consejo, como claramente se desprende del texto de los artículos 50.4 y 5 de la Ley 15/2007 y 34.1 y 2 del RDC, sin que la falta de conocimiento por las partes genere menoscabo de su derecho de defensa.”.

La UAHE ha solicitado el acceso al expediente precisamente en la fase de resolución descrita y, por ello, el Consejo no ha atendido a la solicitud planteada. Y es que, como quedó establecido en la citado Resolución en el asunto *Seguro Decenal*, “el último trámite de audiencia, es decir, de acceso al expediente que la Ley 15/2007 reconoce a las partes es el posterior a ser dictada y notificada la propuesta de resolución (art. 50.4 Ley 15/2007), el cual tiene lugar ante el propio órgano instructor (que no resolutorio), por lo que de no realizarse ninguna actuación posterior y encontrándose el expediente listo para resolución, no hay vulneración de derecho alguno, ya que la ley no contempla ningún trámite de audiencia ante el Consejo, salvo que se celebre vista o se practiquen pruebas o

actuaciones complementarias. Por ello, porque puede no haber trámite de audiencia ante el Consejo, tiene pleno sentido que el Reglamento de Defensa de la Competencia regule el acceso al expediente dentro de la fase de instrucción (art. 31). Siendo así, de acuerdo con la Ley 15/2007, el Consejo podría haber resuelto el expediente en cualquier momento dentro del plazo legal establecido, sin que la falta de acceso de las partes al expediente en esta fase de resolución pueda generar indefensión, y a la misma conclusión se llegaría de aplicar la Ley 30/1992, pues conforme al art. 84.4 "Se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado".

En todo caso, y conforme a lo anterior, entiende este Consejo que la UAHE se limita a alegar, con carácter meramente formal, una indefensión que en ningún caso ha podido tener lugar. Basta el simple examen del expediente administrativo para comprobar que, en primer lugar, todos los imputados han podido realizar las alegaciones que han considerado oportunas al IPR de la DI y proponer (que es a lo que tienen derecho) las pruebas que estimen oportunas y/o la celebración de una vista oral. En concreto, la UAHE no ha solicitado práctica de prueba alguna, aunque sí ha solicitado la celebración de vista en virtud de lo establecido en el artículo 51.3 LDC, celebración de vista que no ha sido considerada necesaria "para el examen y enjuiciamiento del objeto del expediente" (art. 19.1 del RDC) y cuya ejercicio es facultad, en todo caso, de este Consejo.

Por lo anterior, debe también rechazarse esta alegación.

QUINTO. Conducta colusoria imputada por el Consejo

El art. 1.1 de la LDC dispone: "*Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio. (...)*". El artículo 101 del TFUE se expresa en términos prácticamente idénticos.

La prohibición que contiene este precepto legal tiene como presupuestos de aplicación o elementos del tipo infractor, (i) la existencia de una conducta concertada (en sus modalidades de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, práctica concertada o conscientemente paralela), y (ii) que esa conducta tenga aptitud para restringir la competencia efectiva (que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de restringir de forma significativa la competencia en el mercado nacional).

El Consejo considera que los hechos acreditados adquieren lógica en el marco de una única infracción continuada desarrollada en el seno de la AAHE, que tiene por objeto restringir la competencia entre, al menos, los asociados de la AAHE, con el conocimiento y aquiescencia de la UAHE y que, además, resulta tener una clara aptitud para generar dichos efectos restrictivos.

En primer lugar, los hechos acreditados describen claramente un contexto de contactos y discusiones en el seno de AAHE, con apoyo de la UAHE, para tratar cuestiones legalmente ajenas a las propias de una asociación sectorial y cercanas a la estrategia competitiva de los miembros de ambas asociaciones.

De los hechos acreditados descritos por la DI se deduce que el comienzo de estas conversaciones, o cuanto menos su intensificación, se produce con ocasión de la *“presentación Power-Point sobre la Unión de Almacenistas de Hierros de España, en la que explicaba cuáles son los objetivos de la UAHE y para qué sirve la UAHE”* realizada por el Presidente de la UAHE, D. [XXX] (folio 268 del expediente, relativo al acta de la reunión de 23 de marzo de 2006 y descrita en el hecho acreditado 5.1. del PCH).

Así, la presentación de los fines y objetivos de la UAHE fue a continuación seguida por otra reunión entre todos o algunos de los asistentes a la de D. [XXX] (la *“mini-reunión”* a la que se refiere el hecho acreditado 5.1) donde se estuvieron *“comentando los temas que se habían tocado en la reunión y **decidimos subir los precios a partir de hoy lunes**”* (correo electrónico de 27 de marzo enviado por el Presidente de la AAHE a la Secretaria General de la UAHE, recogido en el hecho acreditado 5.1, énfasis añadido). En efecto, del tenor literal de dicho correo electrónico se desprende cuanto menos una intención nacida en el seno de la AAHE, tras una exposición realizada por la UAHE, para fijar los precios de los productos comercializados por sus miembros a partir de una determinada fecha.

La constatación más fehaciente del ánimo de fijación de precios reflejado en el correo electrónico de 27 de marzo de 2006 es otro correo electrónico enviado, también a la UAHE, tras la reunión de la Asociación que tuvo lugar tan solo dos meses y medio después, el 14 de junio (conviene recordar que las reuniones de la AAHE se reducían tradicionalmente en años anteriores a 1 o 2 al año tal y como afirma la propia AAHE en sus escritos, folio 38). En concreto, en su contestación al requerimiento de la DI de 17 de febrero de 2010, el representante de la AAHE manifestó que: *“Así, por ejemplo, les indicamos que carecemos de sede propia de la asociación, no tenemos personal a nuestro cargo ni teléfonos propios de la asociación. Tampoco disponemos de un archivo documental de la asociación **pues la actividad de la misma se limita a la celebración de una o dos reuniones al año de los integrantes de su órgano** de gobierno en las cuales en ningún caso se adoptan acuerdos vinculantes para el sector, centrándose dichas reuniones únicamente en abordar los distintos temas o problemáticas que afectan de forma*

común a nuestras asociados **y celebrar a continuación una comida de hermanamiento**” (énfasis añadido).

En efecto, pese a lo transcrito en el acta de la reunión de 14 de junio, el texto del correo electrónico del Presidente de la AAHE a la Secretaria General de la UAHE de 26 de junio de 2006 no admite dudas: *“se aprobó hacer una tarifa de precios mínimos **de todos aquellos productos que el cliente no suele preguntar precios**, por ejemplo: la guía de corredera, el vierteaguas, las UES en frío, los perfiles de carpintería cuadrados macizos de poca rotación, pletinas lisos”* (resaltado añadido) (hecho acreditado 5.2 del PCH). Esta decisión habría sido adoptada al amparo de lo discutido en la reunión de la AAHE de 14 de junio de 2006 como se recoge en el acta oficial mencionada.

La intención de orquestar una estrategia de fijación de precios de los productos comercializados por los asociados desde la AAHE que habría tenido al menos su fecha de lanzamiento en la “mini reunión” tras la reunión de la AAHE de 23 de marzo de 2006 (hecho acreditado 5.1 del PCH), y su primera concreción en la reunión de la Asamblea General de 14 de junio, (hecho acreditado 5.2 del PCH), se ve claramente recogida en el mismo correo electrónico del Presidente de la AAHE de 26 de junio a la Secretaria General de la UAHE cuando afirma que **“Todo esto lo consideraron un inicio para acabar haciendo una tarifa de todo para todos”** (énfasis añadido) (hecho acreditado 5.2 del PCH).

Lo anterior describe una conducta con una finalidad única y común, de acuerdo con un plan pre-ideado en el seno de la AAHE. Como ha afirmado el TJCE en su Sentencia de 21 de septiembre de 2006, asunto C-105/04, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied*: “110.- Una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado. Esta interpretación no queda desvirtuada por el hecho de que uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado también puedan constituir por sí mismos y aisladamente considerados una infracción de la citada disposición. Cuando las distintas acciones se inscriben en un “plan conjunto” debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto” y ello sin perjuicio de que esta calificación de una empresa como responsable de una infracción única y continuada no impida que se puedan considerar diferentes grados de implicación y responsabilidad en la misma o de duración de la conducta, con las consecuencias que ello pueda tener a la hora de cuantificar el importe de la eventual sanción (ver la Resolución de la CNC de 24 de junio de 2011, en el Expte. S/0185/09 *Bombas de fluidos*, citando la Sentencia del TG de 24 de marzo de 2011, asunto T-384/06, *IBP e International Building Products France/Comisión*, aptdo. 56).

Además, también es subsumible la práctica así descrita en la noción de infracción continuada contemplada en el 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, que señala como infracción continuada: *“la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión”*.

Conforme con lo anterior, las conductas descritas guardan unidad de propósito y constituyen una única infracción continuada que se habría extendido, al menos, desde la reunión del 23 de marzo de 2003 hasta el 26 de junio de 2006.

Como ya se ha dicho, esta estrategia anticompetitiva desarrollada en el seno de la AAHE comienza precisamente con la presentación que el Presidente de la UAHE realiza ante la Asociación extremeña el 23 de marzo de 2006 (hecho acreditado 5.1). Se adopta en un contexto en el que en paralelo se estaba trabajando estrechamente con la UAHE para intentar hacer llegar a los asociados de la asociación extremeña la recomendación de adoptar ciertas condiciones comerciales que se pretendían imponer en todo el territorio español (condiciones de contratación, repercusión del precio del gasoil y gastos financieros, fijación de los precios de transporte) y que, como ya se ha dicho, constituyeron el objeto de otro expediente sancionador S/0106/08.

Resulta que, al igual que sucedía en relación con las condiciones comerciales que la UAHE recomendaba, el Presidente de la AAHE iba informando puntualmente a la Secretaria General de la UAHE sobre los avances de las conductas anticompetitivas que se estaban desarrollando en la AAHE para la fijación de los precios de los productos comercializados por sus miembros.

Esto es, en los correos electrónicos de 27 de marzo y de 26 de junio de 2006 (hechos acreditados 5.1 y 5.2 del PCH), el Presidente de la AAHE, al tiempo que informaba sobre la aceptación y grado de seguimiento de las prácticas luego declaradas ilícitas en el marco del expediente S/0106/08 (condiciones de contratación, repercusión del precio del gasoil y gastos financieros, fijación de los precios de transporte...), también informaba sobre las prácticas desarrolladas de forma autónoma en el seno de la AAHE y que configuran el objeto de este expediente: una estrategia de fijación de precios de los distintos productos siderúrgicos comercializados por los almacenistas de hierros miembros de la AAHE.

Estas comunicaciones de las decisiones alcanzadas en el seno de la AAHE a la UAHE representan, a juicio de este Consejo, la culminación de las decisiones que se iban adoptando y que constituyen la práctica anticompetitiva aquí analizada. Su

seguimiento e información puntual por la asociación regional a la asociación nacional de los avances en la estrategia anticompetitiva supone sin duda un reforzamiento de las prácticas comunicadas de cara a los miembros de la AAHE, a modo de aquiescencia o refrendo de la asociación nacional a la que la mayoría también pertenecían (ha quedado acreditado que el 70% de los miembros de la AAHE también pertenecían a la UAHE). Así se deja entrever también del tono de los correos electrónicos. Por ejemplo, en el correo electrónico de 26 de junio de 2006, el Presidente de la UAHE cierra su enumeración de las distintas acciones adoptadas en la AAHE (incluyendo la decisión de fijar una tarifa mínima para determinados productos) con un *“en fin esto es todo, la cosa va viento en popa a toda vela, confío que dure mucho”*.

Sobre esta cuestión, aparte de alegar que se empleó un lenguaje incorrecto o que realmente los acuerdos y decisiones comunicadas a la UAHE en dichos correos electrónicos se referían a las recomendaciones de la UAHE que fueron sancionadas en el expediente S/0106/08 o que no tenían aptitud para restringir la competencia, las partes no han proporcionado ninguna explicación alternativa plausible a la de la estrategia anticompetitiva descrita.

En relación con el empleo de un lenguaje incorrecto que puede dar lugar a una interpretación errónea, este Consejo debe atenerse a la literalidad de los correos electrónicos hallados durante la inspección y que, en nuestra opinión, no admiten interpretación ambigua alguna: *“luego tuvimos una mini reunión (...) comentando los temas que se habían tocado en la reunión y decidimos subir los precios a partir de hoy lunes”*; *“se aprobó hacer una tarifa de precios mínimos de todos aquellos productos que el cliente no suele preguntar precios, por ejemplo: la guía de corredera, el vierteaguas (etc...)”*; y *“Todo esto lo consideraron un inicio para acabar haciendo una tarifa de todo para todos”*.

Tampoco puede admitirse por este Consejo que los acuerdos y decisiones a los que se hace alusión en estos correos electrónicos puedan referirse a conductas sancionadas en el expediente S/0106/08.

Primero porque el texto de los correos electrónicos, como ya se ha dicho, es claro: hacen alusión específicamente a la fijación de precios de productos comercializados por los asociados. Sobre este particular, resulta especialmente ilustrativa la contestación del Presidente de la AAHE en contestación al requerimiento de información de 13 de octubre de 2010 (folio 303) en la que no solo precisa que el acuerdo al que hace alusión su correo de 27 de marzo de 2006 se refería a los precios de los productos comercializados por los miembros de la AAHE, sino que también reconoce que la UAHE pudo haber influido en el génesis de esta decisión: *“Como podrán deducir del tono de mis coloquiales comentarios efectuados en su día, la supuesta “mini reunión” no estaba convocada previamente, la misma surgió de una manera espontánea y tuvo lugar en la barra*

*de un bar de al lado del restaurante en el que se había celebrado la comida a la que habíamos asistido previamente los asociados presentes en reunión del 23 de marzo de 2006. A la misma únicamente asistieron algunas personas de las que previamente habían asistido a la Asamblea General celebrada ese mismo día. Me resulta imposible recordar en este momento que personas concretas estaban presentes en la misma pues como ustedes saben han transcurrido cuatro años y siete meses desde entonces. En cualquier caso, lo que si les puedo asegurar con total sinceridad es que en dicho encuentro (celebrado después de la Asamblea General y la comida que siguió a la misma) no se adoptaron en ningún caso acuerdos que pudieran vincular de modo alguno a los distintos miembros de la asociación extremeña, **simplemente se comentó coloquialmente por los presentes** (quienes recordemos somos competidores en nuestro mercado) **la posibilidad de subir los precios de nuestros productos al haber tenido conocimiento de la situación en la que se encontraba realmente nuestro sector por la presentación efectuada en Power-Point por el Presidente de la UAHE Sr. [XXX].**" (énfasis añadido).*

Segundo, porque los mismos correos electrónicos y otros posteriores detallan de forma individualizada los avances en relación con las prácticas recomendadas por la UAHE y que sí formaron parte del expediente S/0106/08, como acertadamente ha considerado la DI tanto en su PCH como en su IPR. Así, por ejemplo, en el referido correo de 26 de junio de 2006 recogido en el hecho acreditado 5.2, tras informar sobre la decisión de alcanzar una tarifa mínima, el Presidente añade de forma claramente separada de lo anterior: ***"Por lo demás, todos están muy contentos con los resultados obtenidos por el cobro de servicios. Presentamos un estudio de la repercusión del gasoil en el reparto y de los gastos financieros sobre el descuento y pudieron ver todos lo positivo de cobrar estos servicios"*** (énfasis añadido).

En opinión de este Consejo, estas comunicaciones no constituyen un intercambio de información propiamente dicho, susceptible de ser considerado una infracción autónoma de las normas de competencia. Más bien, como se ha indicado, forman parte de la estrategia de la AAHE para subir los precios de los productos de sus asociados.

Sobre este particular, la UAHE se ha limitado a afirmar que la recepción de dichos correos no tendría aptitud para restringir la competencia y que por ello no podían ser calificados como una infracción por objeto como hacía la DI. Pero es claro que el contexto propiciado por la UAHE así como el refrendo de las prácticas que la AAHE le iba comunicando, denotan una clara aptitud para restringir la competencia como se ha indicado.

Además, es preciso constatar que el hecho de que la mayoría de miembros de la AAHE formase también parte de la UAHE, implica que una parte significativa de los

socios de la UAHE estaban al corriente de las decisiones adoptadas en el seno de la AAHE. Este hecho, junto con el canal de comunicación entre el Presidente de la AAHE y la UAHE, tiene aptitud para la difusión entre los miembros de la UAHE de las decisiones adoptadas en la AAHE.

Sobre las posibles diferencias entre la estructura de la imputación realizada por la DI en relación con la UAHE y la que realiza el Consejo, basta apuntar que se trata de conductas que infringen el mismo precepto de la LDC, que ambas se califican como conductas muy graves, que los hechos que motivan la infracción son exactamente los mismos y que, en esencia, la conducta imputada también es la misma, esto es, tener conocimiento de unos comportamientos restrictivos de la competencia mediante unos correos electrónicos cuya recepción tiene aptitud para restringir de forma sensible la competencia.

Este Consejo considera que los hechos acreditados en el contexto referido adquieren plena virtualidad. Las pruebas recabadas por la DI constituyen evidencia directa y suficiente de la estrategia anticompetitiva desarrollada en el seno de la AAHE, bajo el auspicio y con el refrendo de la UAHE.

Sin perjuicio de lo anterior, frente a las alegaciones de la AAHE y de la UAHE de falta de acreditación de las conductas restrictivas, interesa resaltar que incluso de no existir prueba directa, la misma estrategia anticompetitiva se deduciría del conjunto del material probatorio en el sentido de la sentencia del TGUE de 27 de septiembre de 2006 (asuntos acumulados T-44/02, T-54/02, T- 56/02, T-60/02 y T-61/02, *Dresdner Bank AG*), aptdos. 63 y 64 y de la Sentencia del TS de 6 de marzo de 2000, FD Segundo.

En definitiva, conforme con lo anterior, este Consejo considera que tanto la AAHE como la UAHE han participado en una única infracción consistente en una decisión adoptada en el seno de la AAHE en la reunión de 23 de marzo para subir los precios, que se habría visto plasmada en un primer grupo de productos en la Asamblea General de 14 de junio de 2006. Todo ello con la aquiescencia de la UAHE que, de esta forma, se erige como coautora de la práctica anticompetitiva.

La práctica así descrita, constituye una infracción muy grave del artículo 1 de la LDC 1989 y del artículo 101 TFUE, por su objeto y además tiene aptitud para restringir la competencia.

SEXTO. Responsabilidad

La participación y responsabilidad de la AAHE en relación con la conducta anticompetitiva descrita no admite dudas. Es la AAHE, a través de su Presidente, la que adopta para sus asociados una estrategia anticompetitiva que persigue la

fijación de los precios de los productos comercializados por sus asociados.

En el caso de la UAHE, su participación como ya se ha indicado actúa a modo de refrendo la aquiescencia de lo decidido por la AAHE frente a sus asociados que (recordemos) también lo son en su mayor parte de la UAHE (el 70%) además de haber propiciado un contexto de discusiones sobre cuestiones ajenas al ámbito asociativo y próximas a la estrategia empresarial que cada empresa debería desarrollar de forma absolutamente independiente.

En efecto, el papel de la UAHE en el comienzo o al menos intensificación de las conductas anticompetitivas desarrolladas por la AAHE no puede ser ignorado por este Consejo. No parece casualidad que, tras la presentación de la UAHE por parte de su Presidente en marzo de 2006, se comience, al menos a constatar por escrito en los citados correos electrónicos, la estrategia anticompetitiva adoptada en el seno de la AAHE.

Este papel adquiere además plena relevancia en las comunicaciones y seguimiento de la que le hace partícipe el Presidente de la AAHE mediante sus correos electrónicos a la UAHE.

Conviene en este punto recordar que la AAHE, pese a estar funcional y legalmente separada de la UAHE, sí que está vinculada a ésta desde el momento en que es requisito indispensable para la pertenencia a la UAHE su adhesión previamente a alguna de las asociaciones de almacenistas de hierro de carácter regional, como la AAHE. Así, no necesariamente todos los miembros de AAHE pertenecen a la UAHE, pero sí todos los miembros de la UAHE que tienen su sede en Extremadura, deben primero ser miembros de la AAHE (ver el Reglamento de Procedimiento Interno de la UAHE, artículo 2 en el folio 942). Así se explica que aproximadamente el 70% de los miembros de la AAHE (14 de los, entonces, 20 asociados) lo fuesen también de la UAHE. Y, en todo caso, del tenor de los correos electrónicos recabados, se extrae que el Presidente de la AAHE y la Secretaría General de la UAHE sostienen una línea de comunicación habitual.

Conforme con lo anterior, este Consejo considera que el papel jugado por la UAHE en la conducta imputada no es un papel meramente pasivo y sin trascendencia jurídica o económica como afirma la UAHE en sus alegaciones. Pese a no haber llevado a cabo la ejecución material de la decisión de fijación de precios, ha propiciado el contexto para su consecución y ha refrendado posteriormente los avances mediante su seguimiento a través de los correos electrónicos, sin que en ningún momento se opusiera a las prácticas anticompetitivas que iban siendo comunicadas.

Incluso en el caso de que únicamente se otorgase a la UAHE un papel pasivo en la conducta, ello no implica que no sea significativo en relación con la infracción.

El TJUE en su Sentencia de 7 de enero de 2004, asuntos acumulados C-204/00 P, C- 205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219-00 P, Aalborg, aptdo. 84, dice que “la aprobación tácita de una iniciativa ilícita **sin distanciarse públicamente de su contenido o sin denunciarla** a las autoridades administrativas produce el **efecto de incitar a que se continúe** con la infracción y pone en riesgo que se descubra. **Esta complicidad constituye un modo pasivo de participar en la infracción** que puede conllevar, por tanto, la responsabilidad de la empresa en el marco de un acuerdo único.”

(...)

“el hecho de que una empresa no haya participado en todos los elementos constitutivos de una práctica colusoria o que haya desempeñado un papel menor en los aspectos en los que haya participado **no es relevante al imputarle una infracción**. Sólo procede tomar en consideración dichos elementos cuando se valore la gravedad de la infracción y, en su caso, **se determine la multa** (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, apartado 90)”.

Luego son responsables de la conducta no sólo aquellas entidades que han participado de forma más activa en infracciones de competencia. También lo pueden ser los que han tenido conocimiento de la práctica anticompetitiva, reforzándola e incitándola aunque sea solo con el silencio.

No obstante, el grado de intensidad de la participación de los distintos autores en la infracción, puede ser valorado a los efectos del cálculo de la sanción. Sobre este extremo, conviene recordar la Sentencia de la AN de 30 de septiembre de 2010 cuando afirma que “En efecto, la participación de varios sujetos en calidad de coautores de una misma infracción contra la defensa de la competencia no necesariamente presentará el mismo grado de intensidad. En la medida en que uno de aquellos sujetos inspire el acuerdo colusorio, lo promueva, consiga las adhesiones de otros agentes económicos, vigile su cumplimiento y “arrastre” a los demás, su autoría reviste una especial significación que legitimará, en buena lógica jurídica, una mayor sanción que la impuesta a los demás sujetos”.

De acuerdo con lo anterior, y a la vista de los hechos acreditados y de las imputaciones realizadas en el PCH, el Consejo atribuye las siguientes responsabilidades por la infracción analizada:

- La Asociación de Almacenistas de Hierro de Extremadura, AAHE
- La Unión de Almacenistas de Hierro de España, UAHE

SÉPTIMO. Cálculo de la Sanción

De acuerdo con lo establecido en el Fundamento de Derecho Primero de esta Resolución, la legislación nacional aplicable a la conducta colusoria imputada por el Consejo y descrita en el Fundamento de Derecho Quinto, es la LDC 1989 y el artículo 101 TFUE.

El artículo 10 de la LDC 1989 faculta al Consejo de la CNC para imponer a las asociaciones que deliberadamente o por negligencia infrinjan la prohibición de conductas restrictivas de la competencia una multa de hasta 901.518,16 euros.

La DI propone que “en caso de que se dictara resolución declarando la existencia de tal infracción [infracción muy grave tipificada en el artículo 62.4 de la LDC 2007] la sanción prevista en el artículo 63.1.c) para cada una de ellas, es de una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la AAHE y de la UAHE en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa, para lo cual se tomará en consideración el volumen de negocios de sus empresas asociadas siempre con el límite de los 901.518,16 € previsto en el artículo 10 de la Ley 16/1989”.

La DI en atención a los criterios establecidos en el previamente citado artículo 10, para la determinación del importe de la sanción, destaca que debe ser tenido en cuenta: (1) que el mercado en el que se producen las infracciones es un mercado altamente atomizado, tanto desde el lado de la oferta como de la demanda, de dimensión nacional y de gran importancia para otros sectores de la economía, como por ejemplo el sector de la construcción e infraestructuras, si bien en el caso de la AAHE las actividades de sus socios se centran en Extremadura; (2) que el sector de almacenaje y distribución de hierro puede estar sufriendo la actual crisis económica de forma notable, siendo además Extremadura la Comunidad Autónoma más deprimida de España desde el punto de vista económico. En este sentido, cita el Informe del Servicio de Comercio de la Consejería de Economía, Comercio e Innovación de la Junta de Extremadura; (3) que la UAHE representa un volumen del 90% de lo comercializado por almacenes de hierro abiertos al público en España y que, en el caso de la AAHE, engloba a 20 empresas de las cuales 14 son miembros de la UAHE y que, en el momento de producirse la práctica restrictiva, la mayoría de sus socios eran pequeñas empresas familiares; (4) que, aunque no ha quedado acreditada la existencia de efectos, las prácticas tenían una clara aptitud para producirlos al ser conductas anticompetitivas por su objeto, susceptibles de tener efectos sobre los derechos e intereses de los consumidores; (5) que la duración de la infracción se extiende al menos desde marzo de 2006 a junio de 2006; y (6) que no cabe apreciar la existencia de circunstancias agravantes o atenuantes.

La AAHE, para el caso de que se produjese la imposición de sanción, invoca los principios rectores del procedimiento sancionador en cuanto a la calificación de hechos menos graves, aplicación de atenuantes y graduación de la sanción a mínimos en la medida en que: (1) no se ha podido acreditar ni la existencia de las prácticas anticompetitivas ni la existencia de efectos en el mercado; (2) que la dimensión de los supuestos acuerdos son muy limitados porque la inmensa mayoría de socios de la AAHE en el momento de las conductas analizadas son pequeñas empresas familiares; (3) que las infracciones se han prolongado por un periodo muy corto de tiempo (marzo y junio de 2006); y (4) que cabe apreciar las siguientes circunstancias atenuantes: el impacto de la crisis económica en las asociadas de la AAHE y la débil situación económica de la Comunidad Autónoma de Extremadura, el hecho de que la AAHE nunca antes haya sido sancionada por la CNC; la continua colaboración de la AAHE a lo largo del procedimiento; y el carácter como mucho negligente, nunca doloso, de su actuación.

Conviene también en este punto traer a colación las conclusiones del Informe del Servicio de Comercio de la Consejería de Economía, Comercio e Innovación de la Junta de Extremadura que, pese a considerar que las conductas imputadas por la DI estaban acreditadas, concluía que su insuficiente acreditación en orden a demostrar la aplicación efectiva de la misma, así como la reducida eficacia práctica de la presunta infracción son elementos que deberían ser considerados como atenuantes, en su caso, de la posible sanción. Además, el Informe describe un escenario de declive generalizado de la actividad de los asociados de AAHE, de forma que, a partir de 2008, su volumen de negocio agregado desciende bruscamente llegando en 2010 a unos niveles de facturación que tan solo representaban la mitad de lo facturado en 2006. En todo caso, se extrae de la información recabada por el Servicio de comercio extremeño que el 10% del volumen de negocios agregado de los asociados de la AAHE en 2010 es muy superior al límite legal de la sanción de 901.518,16 prevista para asociaciones de la LDC 1989 (en concreto, según los datos aportados por las asociadas de AAHE a la Junta de Extremadura, el volumen de negocios agregado de ellas en el mercado afectado ascendió en 2010 a 148.866.040,05).

El Consejo considera que tanto la AAHE como la UAHE han infringido deliberadamente la prohibición del artículo 1 de la LDC 1989 y el artículo 101 TFUE. No obstante, aunque ninguna de las circunstancias alegadas puede atenuar la responsabilidad administrativa de la AAHE y de la UAHE por la comisión de la infracción de competencia descrita en el Fundamento de Derecho Quinto, sí es posible modular en virtud del principio de proporcionalidad el importe de la sanción.

Como ya afirmó este Consejo en su resolución de 17 de mayo de 2010, S/0106/08, Almacenes Hierro, *“Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la discrecionalidad que el art. 10 de la Ley 16/1989 otorga a la CNC debe ser ejercitada ponderando las circunstancias concurrentes, al objeto de alcanzar la*

necesaria y debida proporcionalidad, entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, dado que toda sanción debe de determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida, y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho”.

En el caso de la AAHE, partiendo de los criterios de modulación que establece el artículo 10 de la LDC 1989 para ponderar la sanción, el Consejo tiene en cuenta que: (1) la AAHE es una asociación que aglutina únicamente a los almacenistas de hierro cuya sede se encuentra en Extremadura; (2) que se trata de una conducta muy grave con aptitud para afectar una porción significativa de la economía española y de los intercambios intracomunitarios; (3) que la AAHE ha actuado deliberadamente en la medida en que se ha preocupado de no reflejar en las actas oficiales lo que luego comunica como hechos por correo electrónico a la UAHE. No obstante, y para la adecuada proporcionalidad de la sanción, este Consejo también ha tenido en cuenta que: (1) la duración de la infracción ha sido limitada (al menos unos 3 meses); (2) en el momento de la infracción, la mayoría de empresas de la AAHE eran pequeñas y medianas empresas familiares; y (3) la falta de acreditación en el expediente de efectos significativos derivados de la infracción.

En lo que se refiere a la sanción de la UAHE, para ponderar la sanción, el Consejo ha teniendo en cuenta, en particular, que (1) la conducta sancionada ha sido realizada por una asociación de ámbito nacional que agrupa a empresas que representaban un volumen del 90% de lo comercializado por almacenes abiertos al público; (2) que se trata de una conducta muy grave con aptitud para afectar una porción significativa de la economía española y de los intercambios intracomunitarios; (3) que la UAHE, como asociación nacional tenía un especial deber de responsabilidad respecto de las asociaciones regionales para las que sirve de referencia y con las que comparte el 100% de sus miembros (puesto que es preciso ser primero miembro de una de las asociaciones regionales para poder ser luego miembro de la UAHE); y (4) que también tiene una especial responsabilidad por haber propiciado el contexto en el que las conversaciones entre los miembros de la AAHE y posterior práctica restrictiva se enmarcan. Por otro lado, y para ponderar adecuadamente la sanción, conviene tener en cuenta: (1) la duración limitada de la misma (al menos 3 meses, de finales de marzo a finales de junio); (2) el alcance geográfico limitado del ámbito de acción de la AAHE; y (3) la falta de acreditación de efectos significativos derivados de la infracción.

Aunque sí se ha recabado información relativa al volumen de negocio de las empresas asociadas a la AAHE en el ejercicio 2010 (no así de la UAHE), dada la aplicación del máximo legal de la sanción del artículo 10 de la LDC 1989, resulta procedente tomar como referencia para valorar la proporcionalidad de la sanción el expediente más próximo a éste, S/0106/08, *Almacenistas de Hierro*, teniendo en cuenta las diferencias que existen entre éste y aquél en relación con la conducta,

su duración, su autor y el mercado afectado. Y dentro de este límite es necesaria una graduación en proporción con la importancia de la infracción que viene determinada por los criterios que se recogen en el propio artículo 10.2, a saber, modalidad y alcance de la restricción, dimensión del mercado, cuota del mercado de la empresa o empresas correspondientes, efectos sobre competidores y sobre y usuarios y duración y reiteración.

En el expediente S/0106/08 se impuso a la UAHE una multa por un total de 650.000 euros como autora de las conductas restrictivas declaradas prohibidas en la Resolución. En relación con este expediente, el Consejo considera que la conducta de la AAHE constituye una infracción deliberada muy grave del artículo 1 de la LDC 1989 y del artículo 101 del TFUE sin que en principio quepa apreciar atenuante alguno. Además, pese a la participación en la misma de la UAHE, es preciso constatar que ha sido la propia AAHE la que ha promovido y vigilado directamente la práctica anticompetitiva, revistiendo su autoría una especial significación. No obstante, conforme a los criterios de modulación enumerados, muy particularmente la escasa duración de la infracción imputada y la ausencia de acreditación de efectos derivados de la misma, se considera proporcionado imponer una sanción de 250.000 euros.

Por lo que se refiere a la UAHE, y teniendo en cuenta lo anterior, el Consejo considera que su conducta constituye una infracción deliberada muy grave del artículo 1 de la LDC 1989 y del artículo 101 del TFUE. Como en el caso de la AAHE, el Consejo tiene también en cuenta la escasa duración de la infracción imputada y la ausencia de acreditación de efectos derivados de la misma. A la hora de modular la sanción, la mayor representatividad y alcance de la UAHE en el mercado español en comparación con la AAHE llevaría a la imposición de una sanción superior a la de la asociación regional en aplicación del principio de proporcionalidad. No obstante, dado su nivel de participación en la conducta, más limitado que el de la AAHE tal y como se razona en el fundamento de derecho Sexto, este Consejo considera proporcionado imponer a la UAHE también una multa de 250.000 euros.

Por cuanto antecede, vistos los preceptos legales y reglamentarios citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente ha quedado acreditada la existencia de una conducta colusoria prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del Tratado de

Funcionamiento de la Unión Europea en los términos descritos en el Fundamento de Derecho Quinto de esta Resolución.

SEGUNDO.- Declarar responsables de la infracción a la Asociación de Almacenistas de Hierro de Extremadura y a la Unión de Almacenistas de Hierro de España.

TERCERO.- Imponer las siguientes sanciones:

- A la Asociación de Almacenistas de Hierro de Extremadura una multa de 250.000 € (DOSCIENTOS CINCIENTA MIL EUROS).
- A la Unión de Almacenistas de Hierro de España, una multa de 250.000 € (DOSCIENTOS CINCIENTA MIL EUROS).

CUARTO.- Intimar a las entidades relacionadas en el Resuelve Segundo a que en lo sucesivo se abstengan de realizar las conductas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.

QUINTO.- Instar a la Dirección de Investigación de la CNC para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la CNC y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía Administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.