



Roj: **STS 1504/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:1504**

Id Cendoj: **28079130072014100114**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **02/04/2014**

Nº de Recurso: **300/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 5207/2012,**
STS 1504/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dos de Abril de dos mil catorce.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los señores arriba anotados, el recurso de casación que con el número **300/2013** ante la misma pende de resolución, interpuesto por la UNIÓN DE ALMACENISTAS DE HIERRO DE ESPAÑA (UAHE), representada por el Procurador don Manuel Lachares Perlado, contra la sentencia de 17 de diciembre de 2012 de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 6/2012).

Siendo parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La sentencia recurrida contiene una parte dispositiva que copiada literalmente dice:

" **FALLAMOS:**

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la **UNION DE ALMACENISTAS DE HIERRO DE ESPAÑA** contra la resolución de 14 de junio de 2012 del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia expediente S/254/10 que se declara conforme a derecho en los extremos examinados. *Se imponen las costas a la parte actora*".

SEGUNDO .- Notificada la anterior sentencia, la representación de la UNIÓN DE ALMACENISTAS DE HIERRO DE ESPAÑA (UAHE) promovió recurso de casación, y la Sala de instancia lo tuvo por preparado y remitió las actuaciones a este Tribunal con emplazamiento de las partes.

TERCERO .- Recibidas las actuaciones, por la representación de la referida parte recurrente se presentó su escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras expresar los motivos en que lo apoyaba, se terminaba así:

" **A LA EXCMA. SALA SUPLICO**

*Que teniendo por presentado este escrito, lo admita y en sus méritos, tenga por personada a esta parte ante el Tribunal Supremo como parte recurrente y por interpuesto, en tiempo y legal forma, **RECURSO DE CASACIÓN** contra la Sentencia de 17 de diciembre de 2012 de la Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional y, en consecuencia, de acuerdo con lo señalado anteriormente:*



(i) Estime los motivos primero y segundo de casación expuestos en este recurso, case y revoque la Sentencia de 17 de diciembre de 2012 de la Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en la parte en que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto ante ella.

OTROSÍ DIGO: Que al amparo de lo dispuesto en el artículo 231 de la L.E.C., de aplicación subsidiaria al presente procedimiento, como a los efectos de lo dispuesto en los artículos 56.2 A y 243.3 LOPJ, esta parte manifiesta su voluntad de cumplir con los requisitos exigidos la Ley, a los efectos de subsanación oportunos.

Por lo que **A LA EXCMA. SALA DE NUEVO SUPPLICO**, tenga por efectuada la anterior manifestación a los efectos procesales oportunos.

SEGUNDO OTROSÍ DIGO que al margen de los motivos alegados por la UAHE en el presente recurso, esta parte solicita que, en el supuesto de que esta Sala tenga o albergue dudas en relación con el motivo de impugnación primero,

A LA EXCMA. SALA DE NUEVO SUPPLICO que formule, en virtud del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Comunidad Europea, la siguiente **Cuestión Prejudicial comunitaria** :

¿Debe interpretarse el principio non bis in ídem recogido en el artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el sentido de que una Autoridad de Competencia comunitaria no puede incoar a una misma empresa un procedimiento por infracción del artículo 101 TFUE por una conducta que tiene un ámbito temporal y geográfico que queda subsumido en otra conducta anteriormente sancionada y cuyo ámbito temporal y geográfico engloba el ámbito temporal y geográfico de la segunda conducta perseguida?

Por lo que **A LA EXCMA. SALA DE NUEVO SUPPLICO**, tenga por efectuada la anterior manifestación a los efectos procesales oportunos".

CUARTO .- La ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, en el trámite que le fue conferido, se opuso al recurso de casación mediante un escrito que defendió que todos los motivos del recurso de casación debían ser desestimados.

QUINTO .- Conclusas las actuaciones se señaló para votación y fallo del presente recurso la audiencia de 19 de marzo de 2014.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Nicolas Maurandi Guillen, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- **La actuación administrativa impugnada en el proceso de instancia y lo decidido por la sentencia recurrida.**

El proceso de instancia lo inició la UNIÓN DE ALMACENISTAS DE HIERROS DE ESPAÑA (UAHE) por el cauce del proceso especial de protección de los derechos fundamentales de la persona, mediante un recurso contencioso administrativo dirigido contra la resolución de 14 de junio de 2012 dictada por el Consejo de la COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA en el expediente S/0254/2010.

Esta resolución, a la que posteriormente se hará referencia de manera más detallada, declaró que en el expediente seguido había quedado acreditada la 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"; y decidió imponer tanto a la ASOCIACIÓN DE ALMACENISTAS DE HIERRO DE EXTREMADURA (AAHE) como a la UAHE una multa de 250.000 euros.

Ese fundamento de derecho (FJ) quinto razonaba, entre otras cosas, lo siguiente:

«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».

Las vulneraciones de derechos fundamentales denunciadas en dicho proceso jurisdiccional fueron cinco, según señala la sentencia recurrida en su FJ segundo, y estuvieron referidas a lo siguiente:



(1) el principio "*non bis in ídem*" garantizado en el artículo 25 de la Constitución (CE), que se habría producido porque la recurrente había sido sancionada con anterioridad en el expediente S 106/08 (terminado por la resolución de 17 de mayo de 2010 de la Comisión de la CNC), y lo ha sido de nuevo por los mismos hechos en el expediente S/254/10 (finalizado por esa resolución de 14 de junio de 2012 impugnada en el proceso de instancia).

(2) el derecho de defensa reconocido en el artículo 24 CE, que habría sido quebrantado por el cambio de imputación llevado a cabo por el Consejo de la CNC;

(3) ese mismo derecho de defensa por no haberse tenido acceso al expediente y haber sido denegada la vista solicitada;

(4) indefensión producida por no haber incluido la Dirección de Investigación (DI) en su propuesta una sanción prevista; y

(5) la inviolabilidad del domicilio reconocida por el artículo 18 CE, que se habría causado por haberse excedido la inspección realizada por la CNC de lo que fue autorizado por el auto dictado por el Juzgado de lo contencioso-administrativo número 22 de Madrid.

La sentencia que es objeto de la actual casación rechazó todos esos motivos de impugnación y desestimó el recurso contencioso administrativo de la UAHE.

SEGUNDO .- Consideraciones previas sobre el recurso de casación.

El recurso de casación lo ha interpuesto también UNIÓN DE ALMACENISTAS DE HIERROS DE ESPAÑA y lo apoya en dos únicos motivos, en los que combate el rechazo por la sentencia de instancia de las dos impugnaciones que estuvieron referidas a la infracción del principio "*non bis ídem*" y a la indefensión que se habría derivado por las diferencias existentes entre las conductas imputadas por la DI durante la tramitación del expediente y las sancionadas en la resolución de 14 de junio de 2012 finalmente dictada por el Consejo de la CNC.

El debido estudio de ambos motivos aconseja previamente consignar cual fue la parte dispositiva de la resolución de 17 de mayo de 2010 dictada por el Consejo de la CNC en el expediente primer S/0106/08.

También resulta conveniente hacer una previa referencia a las declaraciones que la aquí litigiosa resolución de 14 de junio de 2012, dictada por ese mismo Consejo en el segundo expediente S/0254/2010, efectúa sobre los siguientes trámites o actuaciones del expediente: el Pliego de Concreción de Hechos (PCI); el Informe Propuesta Resolución (IPR); la respuesta a las alegaciones de AAHE y UAHE sobre la vulneración del principio "*non bis in ídem*"; y la conducta colusoria imputada por el Consejo.

Como es de interés, así mismo, consignar los concretos razonamientos que fueron desarrollados por la sentencia recurrida sobre esas dos impugnaciones planteadas en la instancia a cuyo rechazo se circunscribe la actual casación.

Y así se va a hacer en los fundamentos siguientes.

TERCERO .- La parte dispositiva de la resolución de 17 de mayo de 2010 dictada por la Comisión de la CNC en el primer expediente S/0106/08 tenía este contenido:

« **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.

Tercero.- Intimar a la Unión de Almacenistas de Hierro de España (UAHE) para que cese en las conductas sancionadas y se abstenga, en el futuro, de realizarlas de nuevo.

Cuarto.- Imponer una multa de SEISCIENTOS CINCUENTA MIL EUROS (650.000 €) a la Unión de Almacenistas de Hierro de España (UAHE) como autora de las conductas restrictivas declaradas prohibidas en esta Resolución.



Quinto.- Ordenar a la Unión de Almacenistas de Hierro de España (UAHE), a su costa y en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución, la publicación de su parte dispositiva en la sección de economía de un diario de ámbito nacional de máxima circulación y en la revista Infoacero. *En caso de incumplimiento se impondrá una multa coercitiva de 600 € por cada día de retraso.*

Sexto.- *La Unión de Almacenistas de Hierro de España (UAHE) justificará ante la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia el cumplimiento de las obligaciones impuestas en los apartados anteriores.*

Séptimo.- Instar a la Dirección de Investigación de la (...) para que vigile el cumplimiento de esta Resolución».

CUARTO .- La resolución de 14 de junio de 2012 dictada por la Consejo de la CNC en el segundo expediente S/0254/10.

Sus hechos probados; y sus referencias a la imputación realizada por la Dirección de Investigación en el Pliego de Concreción de Hechos (PCH) y en el Informe Propuesta Resolución (IPR).

I.- Como **hechos probados** describió tres reuniones de la AAHE de 23 de marzo de 2006, 14 de junio de 2006 y 15 de noviembre de 2007 en las que, respectivamente, se decidió: subir los precios en un momento temporal concreto; hacer una tarifa de precios mínimos para determinados productos y recomendar a los asociados repercutir el precio del carburante y el Euríbor en sus márgenes comerciales; y consolidar los servicios a cobrar y subir los portes en una cuantía concreta a partir de un determinado momento temporal.

Y con ese mismo carácter de **hechos probados** añadió estas "Comunicaciones entre la AAHE y la UAHE" :

«(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 [XXX] informó a la Gerente-Secretaria de la UAHE [XX] 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 [XX] 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».

II.- Sobre la imputación realizada por la Dirección de Investigación (DI) en el Pliegode Concreción de Hechos (PCH) y en el Informe Propuestade Resolución (IPR) , la resolución de 14 de junio de 2012 de la Comisión de la CNI se expresó así en el segundo de sus fundamentos de derecho):

« **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 26 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 "».

QUINTO .- Las respuestas de esa misma resolución de 14 de junio de 2012 de la CNC (expediente S/0254/10) a las alegaciones de la UAHE y la AAHE sobre la infracción del principio "non bis in ídem".

Su calificación jurídica de las conductas sancionadas y su parte dispositiva.

I.- El FJ Cuarto, que se encabeza con la rúbrica "**Análisis de las alegaciones previas y de procedimiento**" , dedica su apartado (iii) a la alegación sobre la **infracción del Principio "Non Bis in Ídem"** , y su contenido es éste:

« **(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 [XX], 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 imputársenos 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 UAHE 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».

II.- El FJ quinto de la resolución de 14 de julio de 2012 , iniciado con la rúbrica "**Conducta colusoria imputada por el Consejo**", razona lo siguiente:

«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, [XX] (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 [XX] (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 [XX] (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».

III.- La parte dispositiva de la resolución de 14 de julio de 2012 de la Comisión de la CNC de que se viene hablando decide lo siguiente:

« **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 (sic) 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».

SEXTO .- Los razonamientos de la sentencia recurrida para rechazar las impugnaciones referidas a la vulneración del principio "non bis in ídem" , y a la indefensión producida por las diferencias existentes entre las conductas imputadas por la Dirección de Investigación de la CNC durante la tramitación del expediente y las conductas sancionadas en la resolución de 14 de junio de 2012 del Consejo de la CNC que fue impugnada en el proceso de instancia.

I.- Sobre la vulneración del principio "non bis in ídem" argumentó lo que continúa:

«Alega que se ha vulnerado el principio de non bis in ídem ya que la única prueba y base de imputación del presente procedimiento sancionador han sido una serie de correos electrónicos que constituyeron a su vez la única prueba del expediente sancionador S/106/08 Almacenes Hierro, que concluyó con la resolución de 17 de mayo de 2010 del Consejo Nacional de la Competencia.

No se aprecia la triple identidad de sujetos, hechos y fundamentos jurídicos ya que aunque la empresa sancionada es la misma, las conductas investigadas en este expediente S/0254/10 "Hierros de Extremadura" afectan a la actividad ejercida por los almacenistas de hierro en la zona de Extremadura (apartado 20 del pliego de concreción de hechos) y se centra en la práctica consistente en la decisión de subir los precios a partir del 27 de marzo de 2006, así como la tarifa de precios mínimos de determinados productos (guías de corredera, vierteaguas los UES en frío, los perfiles de carpintería cuadrados macizos de poca rotación, pletinas o redondos lisos) ya que las otras prácticas que se consideran acreditadas (desglose de facturas, repercusión del precio del carburante y del euríbor en sus márgenes comerciales, consolidación de los servicios a cobrar y acuerdos de precios en los portes) se entiende que son efectos concretos de la conducta imputada a la UAHE (Unión de Almacenistas de Hierros de España) mediante resolución del Consejo de la CNC de 17 de mayo de 2010 en el expediente S/106/08 Almacenistas de Hierro, consistente en recomendar y adoptar un sistema de facturación para sus asociados que fija los recargos a aplicar a sus clientes, su sistema de cálculo, cuantía mínima y las condiciones de aplicación desde octubre de 1999 hasta junio de 2008. Por lo tanto no se aprecia que los hechos



por los que se ha sancionado sean los mismos, no coincidiendo el periodo al que se extiende la infracción ni el mercado geográfico afectado».

II.- Sobre la indefensión derivada por el cambio de imputación declaró:

«Alega el recurrente la indefensión sufrida por vulneración del derecho de defensa ante el cambio de imputación llevado a cabo por el Consejo de la CNC pues señala que mientras la Dirección de Investigación ha mantenido siempre la existencia de dos conductas independientes entre sí, esto es, por un lado, un acuerdo de fijación de precios del que se responsabilizaba únicamente a AAHE (Asociación de Almacenistas de Hierro de Extremadura) y por otro lado un intercambio de información anticompetitivo, del que sí resultaría responsable la recurrente junto con la AAHE, sin embargo, el Consejo decide imputar a la recurrente la primera de las conductas y no la segunda, sin conceder plazo de alegaciones que prescribe el artículo 51.4 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia que establece que "Cuando el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido calificada debidamente en la propuesta de la Dirección de Investigación, someterá la nueva calificación a los interesados y a ésta para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas".

En este caso la Dirección de Investigación propuso al Consejo que se declare acreditada la existencia de dos conductas contrarias al artículo 1 de la Ley 16/1989 de la LDC y 101 TFUE declarando responsable a la AAHE de ambas infracciones (fijación de precios e intercambio de información) y la UAHE sólo de la infracción relativa al intercambio de información. Las dos conductas que se consideran infringen el artículo 1 y 101 TFUE son:

"1) 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)

2) 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."

En cambio la CNC 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". (final del fundamento de derecho quinto referido a la "conducta colusoria imputada por el Consejo").

Considera esta Sala que la calificación jurídica de los hechos no puede quedar reducida a su integración en un determinado tipo sancionador sino que debe incluir la declaración del sujeto responsable de la infracción. En este caso mientras que durante toda la instrucción del procedimiento la Dirección de Investigación considera al recurrente responsable de una conducta consistente en un intercambio de información, el Consejo le considera responsable de una conducta consistente en la fijación de precios ya imputada a la otra empresa sancionada, pero no a la recurrente. No se ha producido una alteración de los elementos fácticos contenidos en el pliego de cargos sino una distinta valoración jurídica de los mismos. En efecto los hechos han permanecido inalterables y se basan en las mismas pruebas (correos electrónicos de 27 de marzo de 2006 y 26 de junio de 2006) y consisten en el conocimiento de unos comportamientos restrictivos de la competencia. Lo que cambia es que la CNC considera que ese conocimiento supone aquiescencia y le convierte en coautora de la práctica competitiva. Es decir no considera la CNC que ha intervenido en el momento de la adopción del acuerdo, sino que valora de distinto modo el hecho de intercambiar información con dicha empresa y tener conocimiento de esos acuerdos. Por tanto no se aportan nuevos hechos ni se atribuye relevancia sancionadora a hechos distintos de los calificados por la DI.

Este cambio de calificación jurídica sin alterar los hechos contenidos en el pliego de cargos puede ser realizado por el Consejo, al estar previsto en el artículo 51.4 de la LDC siempre que se de audiencia al interesado.

En este caso no se ha dado audiencia al interesado y procede analizar las consecuencias en este procedimiento en que sólo se analiza la posible vulneración de derechos fundamentales y no cuestiones de legalidad ordinaria. Por ello el mero incumplimiento del trámite de audiencia sólo puede tener consecuencias si se de forma real y efectiva se le hubiera causado indefensión.

Al respecto alega el recurrente y reitera en su escrito del recurso de reposición de 12 de noviembre de 2012 que mientras el acuerdo de fijación de precios es un acuerdo por objeto que implica que no es necesario probar sus efectos para determinar su existencia, en cambio el intercambio de información es una infracción por efectos que exige probar los efectos a fin de determinar su existencia o sanción. Para ello se remite a una sentencia de esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 1 de diciembre de 2009 .



Sin entrar a analizar en este caso si el intercambio de información es una infracción por objeto o por efecto, no se aprecia que se haya causado indefensión al recurrente por cuanto realizó esa alegación en vía administrativa y obtuvo respuesta en el fundamento de derecho quinto de la resolución recurrida en la que se indica que "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". Por tanto la CNC considera que se trata en ambos casos de una infracción por objeto y en nada hubiera variado la resolución. Será en el recurso ordinario que ha interpuesto por tanto donde puede discutir ese razonamiento del Consejo».

SÉPTIMO .- Los dos motivos del recurso de casación.

El recurso de casación de UAHE invoca en su apoyo dos motivos, ambos formalizados por el cauce de la letra d) del artículo 88.1 de la Ley reguladora de esta jurisdicción (LJCA).

I.- E l primero combate el rechazo de la vulneración del "*principio non bis in ídem*" decidido por la sentencia recurrida, y denuncia que lo así resuelto vulnera el artículo 25 de la Constitución que consagra dicho principio.

La argumentación principal desarrollada para sostener este reproche es que la recurrente UAHE ha sido sancionada en dos expedientes sancionadores: el S/106/08 (finalizado por la resolución de 17 de mayo de 2010 de la CNC) y el S/254/10 (terminado por esa resolución de 14 de junio de 2012 que fue impugnada en el proceso de instancia; y en uno y otro ha sido sancionada por un mismo hecho y un mismo fundamento.

Ese único hecho fue el haber diseñado "*una estrategia global, dirigida a uniformar la conducta de los almacenistas de hierro (...) con el objeto anticompetitivo único y final de eliminar o reducir la competencia existente entre los almacenistas*"; que fue sancionado en el primer expediente S/106/08, referido a un periodo de diez años y a la totalidad del territorio nacional, y ese mismo hecho es sancionado de nuevo en el segundo expediente S/254/10, aunque circunscrito al periodo de tres meses del año 2006 y sólo al territorio de Extremadura.

Esa argumentación principal se completa con estos otros alegatos: la base de la imputación en el segundo expediente S/254/10 son tres correos electrónicos que ya figuraban en el primer expediente S/106/08; los tres se referían a ese mismo hecho único al que se ha hecho referencia; y no hay otras pruebas adicionales referidas a otros hechos diferentes.

Con base en la anterior argumentación, se invoca esencialmente para justificar la vulneración del principio "*non bis in ídem*" la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 188/2005, de 7 de julio , y se transcribe el texto de ella que declara la doble garantía que encierra dicho principio ("*material o sustantiva*" porque impide sancionar al mismo sujeto en más de una ocasión por el mismo hecho y con el mismo fundamento; y "*procesal o formal*" porque proscrib e la duplicidad de procedimientos sancionadores); y señala que el principio opera y despliega esos efectos materiales y procesales cuando concurre la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento.

También se invocan la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de 16 de junio de 2009 en lo que afirma sobre que unos mismos hechos no son susceptibles de una doble sanción sin infringir el artículo 4 del Protocolo 7 del CEDH ; y el informe del Abogado General en el asunto C/10 seguido ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Desde esas invocaciones, lo que básicamente se censura a la sentencia de instancia es que, después de reconocer que había identidad de sujeto y fundamento, haya concluido erróneamente en que no había identidad de hecho.

Al respecto de esa unidad de hecho, se recuerda el criterio jurisprudencial, plasmado en la STS de 7 de marzo de 2006 , que ha apreciado una sola infracción continuada cuando la realización de una pluralidad de acciones infringen un mismo o semejantes preceptos administrativos en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando la misma ocasión, y responden por ello a un mismo proceso psicológico y material.

Se dice que la existencia de un mismo proceso psicológico y material está presente en la resolución dictada en el expediente S/106/08 en su afirmación o apreciación de una "*una estrategia global, dirigida a uniformar la conducta de los almacenistas de hierro (...) con el objeto anticompetitivo único y final de eliminar o reducir la competencia existente entre los almacenistas*".

También se denuncia, para apoyar el desarrollo argumental anterior, que la CDC fue consciente de esa unidad fáctica y así lo demuestra el cambio que en cuanto a la imputación se produjo en el expediente 254/10. Así, el Pliego de concreción de hechos (PCH) de 25 de mayo de 2011 de la Dirección de Investigación (DI) de la CNC realizó esta doble imputación: por un lado, un acuerdo de fijación de precios y condiciones comerciales a



AAHE y, por otro, un intercambio de información en lo que se refiere a la UAHE, (basado exclusivamente en tres correos electrónicos); y luego la resolución sancionadora de la CNC lo que hace es la *pirueta* (así se expresa el recurso de casación) de modificar la imputación a la UAHE porque, de imputársele un mero intercambio de información, pasa posteriormente a ser considerada autora del acuerdo de fijación de precios (cuando esta imputación durante la fase de instrucción sólo había sido referida a AAHE).

II. - El segundo motivo de casación impugna, como ya se adelantó, la desestimación que la Sala "a quo" resolvió respecto de la indefensión que la recurrente había esgrimido en el proceso de instancia sobre la base del cambio que, en su criterio, se había producido entre la imputación efectuada durante la instrucción por la Dirección de Investigación (DI) y la conducta finalmente sancionada por la Comisión en la resolución de 14 de junio de 2012 que fue objeto de impugnación jurisdiccional.

Imputa a la sentencia recurrida la vulneración del artículo 24 CE (apartados 1 y 2), por no haber remediado esa indefensión derivada del cambio de imputación; y también la del artículo 25 del propio texto constitucional, producida, según el recurso, porque el criterio seguido por dicha sentencia comporta validar una sanción que ha sido impuesta para una conducta que no constituye infracción administrativa.

Las ideas desarrolladas para defender esos reproches, extractadas en sus aspectos más esenciales, se pueden resumir de la manera que sigue.

El básico argumento aducido para sostener esa indefensión que de nuevo se reitera en esta fase de casación es que hubo un cambio de imputación, pues la DI en la fase de instrucción solo imputó a la UAHE un intercambio de información, pero no esa participación en el acuerdo de fijación de precios por la que fue sancionada en la resolución del Consejo; y a ello se añade que, a diferencia de la conducta de fijación de precios, que sí es una infracción por objeto, el mero intercambio de información encarna una infracción por efectos (al exigir para poder ser sancionada que se pruebe la producción de esos efectos).

Desde esa premisa, se defiende después que al haber cambiado la calificación jurídica de la primera imputación, sin haberse ofrecido alegaciones para esa posterior recalificación, se produjo una vulneración del derecho de defensa; y se citan a este respecto la STC 297/1993, de 18 de octubre, la STS de 23 de septiembre de 2002, la STC 4/2002, de 14 de enero, y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (que se concreta en la sentencia dictada en el asunto C 462/98).

Más adelante se aduce que ese nuevo trámite de alegaciones, tras el cambio de imputación y la recalificación jurídica, venía exigido por lo establecido en el artículo 51.4 de la Ley de Defensa de la Competencia; y se razona que a causa de ese cambió las anteriores alegaciones "*habrían quedado desvirtuadas*".

En lo que hace a la vulneración del artículo 25 CE, lo esgrimido es que, de aceptarse que la conducta de mero intercambio de información puede encarnar también una infracción por objeto, este criterio equivaldría a permitir la imposición de una sanción por una conducta que no constituye infracción administrativa.

Y, dentro de esta línea de razonamiento, se invoca la STS de 22 de octubre de 2012, en lo que declara sobre la garantía del principio de tipicidad y sobre que este no tolera la aplicación analógica "*in peius*" de las normas penales.

OCTAVO. - La solicitud de planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Considera el recurso de casación que ese planteamiento resulta necesario para que esta Sala se pueda pronunciar debidamente sobre lo suscitado en relación con el principio "*non bis in ídem*", y señala que el objeto de dicha cuestión prejudicial debía ser éste:

«¿Debe interpretarse el principio non bis in ídem recogido en el artículo 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el sentido de que una Autoridad de Competencia comunitaria no puede incoar a una misma empresa un procedimiento por infracción del artículo 101 TFUE por una conducta que tiene un ámbito temporal y geográfico que queda subsumido en otra conducta anteriormente sancionada y cuyo con ámbito temporal y geográfico engloba el ámbito temporal y geográfico de la segunda conducta perseguida?».

NOVENO. - Las razones para rechazar el primer motivo de casación.

Entrando ya en el estudio de los motivos de casación, ya debe avanzarse que primero motivo de ellos no merece ser acogido.

No es de compartir la tesis principal preconizada por la parte recurrente, para sostener este motivo, sobre que constituyen una sólo infracción continuada los hechos que han sido sancionados en esos dos expedientes a los que se ha venido haciendo referencia (el S/106/08 que finalizó en la resolución de la CNC de 17 de mayo de 2010, y el S/0254/2010 terminado con la resolución de 14 de junio de 2012 impugnada en el proceso de instancia); y sobre que por tal razón es improcedente el doble castigo que ha sido impuesto a la recurrente



porque lo impedía la obligada aplicación que siempre ha de hacerse de la prohibición "*non bis ídem*" que incluye el artículo 25 de la Constitución (CE) como una de las garantías que reconoce.

Y no lo es por todo lo que seguidamente se expone.

Los principios del derecho penal son efectivamente aplicables, con las debidas modulaciones, a todas las manifestaciones del derecho sancionador; lo cual determina que, en lo que hace al concepto al concepto y las consecuencias de la infracción continuada, haya de estarse a lo que establece el artículo 74.1 del Código Penal.

Y la regulación al respecto de este precepto está representada por estas notas principales: (a) la pluralidad de acciones que se unifican en la figura del ilícito único continuado tienen que haber sido realizadas en "*ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión*"; y (b) esa única infracción que se toma en consideración, en lugar de la pluralidad de ilícitos que generarían separadamente cada una de las acciones unificadas, debe ser castigada con un plus de sanción en relación a como lo habría sido si la infracción la hubiera constituido un hecho aislado (el Código penal establece la pena de la infracción más grave en su mitad superior, y pudiendo llegar a la mitad inferior de la pena superior en grado).

En el caso aquí enjuiciado las conductas sancionadas tienen un contenido distinto en cada uno de los expedientes: en el primero (S/106/2008) lo sancionado fue la adopción de un sistema de facturación que fija los recargos a los clientes, su cuantía mínima y las condiciones de esa aplicación; mientras que en el segundo (S/0254/2010) lo castigado ha sido el establecer unos precios mínimos para determinados productos y el desarrollo de un intercambio de información dirigido a lograr una difusión que facilitara esos precios mínimos.

Por otra parte, no consta la existencia de un plan concreto elaborado por la UAHE que incluyera, como actos coordinados integrantes de un mismo programa, los dos grupos de conductas que han sido sancionadas en cada uno de los expedientes, y tampoco los diferentes acuerdos se tomaron en las mismas sesiones.

Además, el distinto perjuicio que sufre el consumidor a causa de esos precios mínimos perseguidos en el segundo expediente no fue ponderado para la determinación de la sanción que fue impuesta en el primer expediente, por lo que en este no fue aplicado ese plus de sanción que necesariamente dispone el Código penal para el castigo del ilícito continuado.

La consecuencia final de todo lo anterior es, pues, que no son de apreciar esas notas con las que configura el Código penal el delito continuado y, por tal razón, las infracciones perseguidas en uno y otro expediente eran independientes y susceptibles de ser castigadas separadamente sin quebrantar el principio "*non bis in ídem*".

DÉCIMO .- Las razones para rechazar el segundo motivo de casación.

El segundo motivo de casación tampoco puede alcanzar éxito por lo que se seguidamente se explica.

La imputación que la DI hizo a UAHE en su Informe Propuesta de resolución tuvo este doble contenido: (i) como hechos le atribuyó una conducta de intercambio de información inmersa o relacionada con la dinámica de ejecución del acuerdo de elevación de precios adoptado por la AAHE; y (ii) esos hechos los calificó como constitutivos de las infracciones tipificadas en el artículo 1 de la Ley 16/1989 y de la LDC, así como en el artículo 101 del TFCE.

Además declaró expresamente que tanto los acuerdos de subida de precios en el seno de la AAHE, como la comunicación de estrategias empresariales entre AAHE y UAHE, constituían infracción por objeto, con clara aptitud para producir efectos y no siendo, por tanto, necesario probar la existencia de efectos.

Lo anterior fue coincidente con lo que luego resolvió la resolución de 14 de junio de 2012 en cuanto a hechos y calificación jurídica, por lo que carece de justificación el cambio de imputación que se esgrime en este segundo motivo de casación para intentar defender la indefensión que se reprocha como determinante de la infracción que se denuncia.

No es de compartir tampoco la infracción del artículo 25 que en este motivo se denuncia con el argumento principal de que el mero intercambio de información no es constitutivo de infracción administrativa; y no lo es porque ese intercambio se vincula directamente con los acuerdos de subida de precios y, consiguientemente, está inmerso en la dinámica de la difusión y ejecución de dichos acuerdos.

UNDÉCIMO .- Improcedencia del planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La garantía inherente al principio "*non bis in ídem*" no es una creación del Derecho de la Unión Europea, sino un valor compartido por los Estados miembros en sus ordenamientos jurídicos propios que aquel Derecho se ha limitado a recoger. Por lo cual, debe ser interpretado con los patrones hermenéuticos de ese derecho propio,



y dándole el mismo alcance y significación que se le atribuye en la aplicación de cualquier manifestación del derecho estatal sancionador.

Por tanto, no es justificado el planteamiento de cuestión prejudicial que ha sido solicitado.

DUODÉCIMO.- Procede, de conformidad con todo lo antes razonado, declarar no haber lugar al recurso de casación, y con imposición de las costas a la parte recurrente por no concurrir circunstancias que justifiquen apartarse de la regla general contenida en el artículo 139.2 de la LJCA .

Pero la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el apartado 3 de este mismo artículo, señala como cifra máxima a que asciende la imposición de costas por la totalidad de los conceptos comprendidos en ellas la de 6.000 euros, teniendo en cuenta para la fijación de la expresada cantidad los criterios seguidos habitualmente por esta Sala en atención a las circunstancias del asunto y a la dedicación requerida para formalizar la oposición al recurso.

FALLAMOS

1.- No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la UNIÓN DE ALMACENISTAS DE HIERRO DE ESPAÑA (UAHE) contra la sentencia de 16 de diciembre de 2012 de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 6/2012).

2.- Imponer a la parte recurrente las costas correspondientes a este recurso de casación, con la limitación que se expresa en el último fundamento de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.