



Roj: **SAN 1186/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:1186**

Id Cendoj: **28079230062020100093**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **19/05/2020**

Nº de Recurso: **156/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000156 /2015

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 01620/2015

**Demandante:** PREFABRICADOS Y POSTES DE HORMIGON SA.

**Procurador:** DON MARCOS JUAN CALLEJA GARCÍA

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

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.:** D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

### **SENTENCIA Nº:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

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

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a diecinueve de mayo de dos mil veinte.

Se ha visto ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número **156/2015**, el recurso contencioso-administrativo formulado por **PREFABRICADOS Y POSTES DE HORMIGON SA.**, representada por el procurador don Marcos Juan Calleja García, contra la resolución de 15 de enero de 2015, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente S/0473/POSTES DE HORMIGON, por la que se le impuso una sanción por importe de 441.826 euros. Ha sido parte la Administración General del Estado defendida por el abogado del Estado.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO** .- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dicte sentencia por la que, estimando íntegramente la demanda, se anule la Resolución recurrida por no ser conforme a derecho, con expresa imposición de costas a la parte demandada.

**SEGUNDO** . - El Abogado del Estado contesta a la demanda mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia que confirme el acto recurrido en todos sus extremos.

**TERCERO** . -Admitida la prueba documental propuesta, se concedió a las partes trámite de conclusiones y una vez presentados los correspondientes escritos quedaron las actuaciones pendientes para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, a cuyo efecto se fijó la audiencia del 19 de febrero de 2020 , fecha en la que ha tenido lugar.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Dña. M<sup>a</sup> Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO** . - Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo la resolución de 15 de enero de 2015, dictada en el expediente administrativo S/0473/13 POSTES DE HORMIGON, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNMC), mediante la cual se le impuso a PREFABRICADOS Y POSTES DE HORMIGON SA. (PREPHOR) una sanción de multa de 441.826 euros por la comisión de una infracción única y continuada de naturaleza compleja del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE de 4 de abril).

La parte dispositiva de dicha resolución concretaba:

"PRIMERO. - Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la ley 110/1963 y artículo 1 de la Ley 16/1089 y del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Sexto de esta Resolución.

SEGUNDO. - De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Séptimo, declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes empresas:

- 4. PREFABRICADOS Y POSTES DE HORMIGON SA, por su participación en las prácticas consistentes en: "Acuerdo de fijación de precios de postes de hormigón, tapas cámaras y arquetas, a través de las reuniones periódicas mantenidas desde, al menos, 1985, y hasta julio de 2013, como coautora de los hechos por las actuaciones de centralización, coordinación y difusión de información entre las demás empresas participantes. Acuerdo de intercambio de información comercial sensible, y en particular de datos sobre clientes, productos fabricados y precios fijados, para los productos de postes, tapas, arquetas y cámaras de hormigón, a través de las reuniones periódicas mantenidas desde, al menos, 1985, y hasta julio de 2013, como coautora de los hechos por las actuaciones de centralización, coordinación y difusión de información entre las demás empresas participantes.

- Acuerdo de reparto de subastas de las empresas Telefónica, Unión Fenosa, Iberdrola e Hidroeléctrica del Cantábrico, de los productos de postes, tapas y arquetas de hormigón desde, al menos, 1993, y hasta julio de 2013, como coautora de los hechos por las actuaciones de centralización, coordinación y difusión de información entre las demás empresas participantes.

- Acuerdo de reparto del mercado de postes, tapas y arquetas de hormigón desde, al menos, 1985, y hasta julio de 2013, como coautora de los hechos por las actuaciones de centralización, coordinación y difusión de información entre las demás empresas participantes".

TERCERO. - Imponer a las autoras responsables de las conductas infractoras las siguientes multas:

4- PREFABRICADOS Y POSTES DE HORMIGON SA .441.826 euros.

CUARTO. - Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución. [...]".

Como antecedentes procedimentales de interés para resolver el litigio merecen destacarse, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, los siguientes:

1. Con fecha 22 de mayo de 2013 tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) determinada información relacionada con posibles prácticas anticompetitivas que pudieran ser contrarias al artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), por parte de diversos operadores en el



mercado de fabricación y venta de prefabricados de hormigón, en particular de postes de hormigón así como de otros prefabricados, como arquetas o tapas.

2. -Como consecuencia de ello, la Dirección de Investigación (DI) inició una información reservada para determinar la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de un expediente sancionador.

3. Con fechas 11 y 12 de junio de 2013 se llevaron a cabo inspecciones domiciliarias simultáneas en las sedes de Madrid y Palencia de POSTELÉCTRICA DE FABRICACIÓN SA., en las sedes de ROMERO HORMELEC SA de Madrid y Zaragoza y en la sede de ADHORNA PREFABRICACIÓN SA.

4. Con fecha 4 de julio de 2013, en virtud de la información obtenida en las inspecciones domiciliarias, la DI acordó la incoación de expediente sancionador S/0473/POSTES DE HORMIGON, contra ADHORNA PREFABRICACIÓN SA, POSTES NERVION SA., ROMERO HORMELEC SA, POSTELÉCTRICA DE FABRICACION SA, PREFABRICADOS Y POSTES DE HORMIGÓN SA, APLICACIONES DEL HORMIGON SA Y POSTES XEIXALVO SL., por posibles conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC, consistentes en intercambios de información y acuerdos para el reparto del mercado y la fijación de condiciones comerciales en el mercado de fabricación y venta de prefabricados de hormigón.

5. Con fecha de 30 de enero de 2014 se acordó la ampliación de la incoación a ELEMENTOS DE SUJECCIÓN GALVANIZADOS SL, BUPRE SL y RUBIERA PREDISAS SL.

6. Entre los días 24 y 25 de abril de 2014 se notificó a las partes el Pliego de Concreción de Hechos, elaborado por la DC, de conformidad con lo previsto en el artículo 50.3 de la Ley 15/2007, presentándose alegaciones por las entidades POSTES XEIXALVO SL, ADHORNA PREFABRICACION SA, APLICACIONES DEL HORMIGONSA, PREFABRICADOS Y POSTES DE HORMIGON SA, RUBIA PREDISASA, BUPRE SL y ELEMENTOS DE SUJECCIÓN GALVANIZADOS SL.

7. El día 20 de junio de 2014, conforme a lo previsto en el artículo 33.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, la DC de la CNMC acordó el cierre de la fase de instrucción, siendo notificado a los interesados.

8. La Propuesta Resolución de fue firmada por el Director de Competencia el 24 de junio de 2014 y notificada a los interesados para la presentación de alegaciones, tras lo cual, el día 22 de julio siguiente fue elevada a la Sala.

9. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 15 de enero de 2015, dictando la resolución que aquí se impugna.

**SEGUNDO.**- En el apartado de "Hechos Acreditados" de la resolución sancionadora se describen las entidades intervinientes en las prácticas y entre ellas a PREFABRICADOS Y POSTES DE HORMIGON SA, en los siguientes términos: "*La actividad de PREPHOR comienza en 1978 con la fabricación de postes de hormigón. La producción se expandió rápidamente a otros productos de hormigón prefabricado, enfocados principalmente al sector eléctrico y al sector de las telecomunicaciones.*"

A continuación, define el mercado de producto afectado, constituido por el mercado de nacional de fabricación y venta de prefabricados de hormigón y, en particular de los productos de postes de hormigón, arquetas tapas y cámaras y precisa que el mercado geográfico es el nacional.

Después de exponer el marco normativo del mercado de prefabricados de hormigón y el funcionamiento de éste, en el apartado "Hechos Probados" se considera acreditada la existencia de acuerdos e intercambios de información relativos a varios productos de prefabricado de hormigón, tales como los postes, tapas, cámaras y arquetas, llevados a cabo por las empresas POSTELECTRICA FABRICACION, ROMERO HORMELEC, ADHORNA PREFABRICACION, PREPHOR, XEIXALVO, APLIHORSA, RUBIERA y BUPRE, durante los años 1985 a 2013. Las conductas realizadas por las citadas empresas habrían incluido acuerdos de fijación de precios, intercambio de información comercial sensible, el reparto de subastas de varias empresas, así como el reparto del mercado".

Tras ello, se detallan, en diferentes apartados, los acuerdos e intercambios de información relativos a la venta de postes de hormigón prefabricados, accedidos desde 1985 hasta 2013 y los acuerdos relativos a tapas, arquetas, edificios para subestaciones y cámaras, que se extienden desde 1998 hasta 2012.

Y después de describir las actuaciones llevadas a cabo por las empresas sancionadas y de dar respuesta a las alegaciones presentadas a la propuesta de resolución, la Sala de Competencia concluye que las empresas sancionadas llevaron a cabo conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 110/1963, la Ley 16/1 1989 y de la Ley 15/2007, consistentes en una infracción única, compleja y continuada, desde, al menos, el año 1985 hasta el año 2013, que engloba prácticas de fijación de precios, reparto de mercados, acuerdos e repartos de subastas e intercambios de información comercial sensible, en relación con varios productos del mercado de prefabricados de hormigón.



La calificación de las conductas como una infracción única y continuada se justifica por existencia de una pluralidad de acciones llevadas a cabo con el objetivo común de todas las empresas de controlar el mercado de productos de hormigón prefabricado, si bien señala que aunque los instrumentos y medios utilizados hayan ido variando con el paso del tiempo y las empresas hayan tenido diferente participación en función de su presencia en todos o en algunos de los mercados afectados por el cartel (postes, tapas, cámaras y arquetas de hormigón), no siendo idéntico ni el rol adoptado por todas ellas ni la intensidad de los acuerdos alcanzados a lo largo de este periodo, las conductas se han realizado con un objeto y sustrato idéntico.

Por lo demás, concluye la resolución recurrida afirmando que nos encontramos ante unas prácticas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 110/1963, la Ley 16/1 1989 y de la Ley 15/2007, que entran dentro de la definición de cartel, en cuanto que el objeto de dichas prácticas consistió en la adopción de acuerdos secretos entre las empresas participantes en el, que eran conscientes del carácter ilícito de sus actos y que éstos integran la infracción prevista en el artículo 62.4 a) de la LDC.

**TERCERO.-** Di sconforme con la resolución impugnada, opone la parte recurrente, como primer motivo de impugnación, la inexistencia de acuerdo, por ausencia de concurrencia de voluntades, para limitar la competencia y que la participación de PREPHOR en la UTE no puede calificarse como acuerdo anticompetitivo por cuanto su finalidad fue la de dotar a las empresas que participaban en ella de la capacidad productiva suficiente. Explica que la resolución sancionadora fundamenta su participación en los hechos sancionados, en el periodo comprendido entre 1985 y 1988, en el contenido de un informe, fechado 24 de octubre de 1985 y en sus respectivos anexos, en uno de los cuales aparecen las iniciales PR que la Administración identifica indebidamente con PREPHOR, lo que, a su juicio, no es prueba suficiente para atribuir a la actora su intervención en las conductas colusorias. Añade que este único documento del año 1985, del que no se tienen indicios hasta tres años después, tampoco constituye prueba bastante del inicio de un cártel. Por lo demás, rechaza la conclusión a la que llega la Administración respecto del documento manuscrito de 1989, en el que aparece el número 4 junto a PREPHOR, identificando dicho número como identificativo de la actora.

Afirma que la participación en reuniones no supone por sí la adopción de un acuerdo prohibido, razón por la que no niega su participación en ellas, si bien añade que no consta acreditado que en ninguna de ellas se adoptara un acuerdo anticompetitivo. Explica que asistía a las reuniones por la necesidad de estar al tanto de cuanto se proponía o acordaba por empresas de la competencia. Y respecto a la reunión de 29 de junio de 2012, a la que PREPHOR no acudió, explica que el hecho de que en el acta correspondiente se consignará que "PREPHOR acatará las decisiones de ADN" no autoriza a concluir que se sumó al supuesto pacto anticompetitivo.

Y por lo que se refiere a su participación en los acuerdos relativos a tapas, arquetas y cámaras, entre 2004 y 2008, sostiene que no se puede fundamentar correos electrónicos aislados en los que se refleja su posible confirmación de asistencia a reuniones que supuestamente tenían por objeto la adopción de acuerdos ilegal, porque aquellos correos se suceden de forma aleatoria y separados en el tiempo hasta el extremo en que se reconoce que entre 2008 y 2011 no aparece ningún correo de PREPHOR.

Opone, además, la inexistencia de infracción única y continuada. Destaca que, como reconoce la Administración, hay periodos de tiempo en los que no consta ninguna actuación por parte de PREPHOR y que existen lapsos de tiempo, de más de dos años, en los que se rompen los acuerdos alcanzados. Denuncia la ausencia de homogeneidad en el modo de operar por cuanto que, en el periodo comprendido entre 1985 y 2002, los supuestos acuerdos se materializaron en distintas reuniones y, puntualmente, en el intercambio de correos electrónicos, para un supuesto acuerdo de fijación de precios de postes de hormigón. Añade que entre 2003 y 2009, como también reconoce la Administración, el modus operandi cambió sustancialmente, efectuándose intercambio de información para participar de forma más ventajosa en subastas y que, a partir de 2011, la forma de operar consistió en la formación de UTEs para participar en concursos.

Por todo ello, concluye que, al no poder ser calificada la infracción como única y continuada, las conductas anteriores a 2003 que se le imputan deben entenderse prescritas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 16/1989, aplicable al caso, por haber transcurrido más de cuatro años hasta el inicio del expediente sancionador.

Para terminar cuestiona los criterios y consideraciones que han determinado la cuantía de la sanción que le ha sido impuesta.

**CUARTO.-** Expuestos, en apretada síntesis los términos del debate, examináramos los concretos motivos de impugnación articulados en la demanda, comenzando por el que denuncia la inexistencia de infracción única y continuada, por cuanto al hilo del mismo, analizaremos si existió o no acuerdo previo así como la participación de la recurrente en las conductas sancionadas.





Pues bien, con objeto de determinar si la conducta de la empresa recurrente se ajusta o no al concepto de infracción única y continuada es necesario partir de la jurisprudencia europea sobre la cuestión. Entre las más recientes, la sentencia del Tribunal de Justicia de 24 junio 2015, asunto C-263/2013 sintetiza el criterio seguido en esta materia al señalar lo siguiente:

*"156. Según reiterada jurisprudencia, 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, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir, por sí mismos y aisladamente considerados, una infracción de la citada disposición. Por ello, cuando las diversas 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 (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU:C:2012:778, apartado 41 y la jurisprudencia citada).*

*157. Una empresa que haya participado en tal infracción única y compleja mediante comportamientos propios, subsumibles en los conceptos de acuerdo o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, y que pretendían contribuir a la ejecución de la infracción en su conjunto, puede así ser también responsable de los comportamientos adoptados por otras empresas en el marco de la misma infracción durante todo el período de su participación en dicha infracción. Así sucede cuando se acredita que la citada empresa intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos infractores previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU:C:2012:778, apartado 42 y la jurisprudencia citada).*

*158. En consecuencia, una empresa puede haber participado directamente en todos los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, en cuyo caso la Comisión puede imputarle conforme a Derecho la responsabilidad de todos esos comportamientos y, por tanto, de dicha infracción en su totalidad. Asimismo, una empresa puede haber participado directamente sólo en una parte de los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, pero haber tenido conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás participantes en el cartel para alcanzar los mismos objetivos o haber podido preverlos de forma razonable y haber estado dispuesta a asumir el riesgo. En tal caso, la Comisión también puede lícitamente imputarle a dicha empresa la responsabilidad de la totalidad de los comportamientos contrarios a la competencia que componen tal infracción y, por consiguiente, de ésta en su totalidad (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU:C:2012:778, apartado 43).*

*159. Por el contrario, si una empresa ha participado directamente en uno o varios comportamientos contrarios a la competencia que componen una infracción única y continuada, pero no se ha acreditado que, mediante su propio comportamiento, intentase contribuir a la totalidad de los objetivos comunes perseguidos por los otros participantes en el cartel y que tenía conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por dichos participantes para alcanzar los mismos objetivos o que pudiera de forma razonable haberlos previsto y estuviera dispuesta a asumir el riesgo, la Comisión únicamente puede imputarle la responsabilidad de los comportamientos en los que participó directamente y de los comportamientos previstos o ejecutados por los otros participantes para alcanzar los mismos objetivos que los que ella perseguía y de los que se acredite que tenía conocimiento o podía haberlos previsto razonablemente y estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencia Comisión/Verhuizingen Coppens, C 441/11 P, EU:C:2012:778, apartado 44)".*

Reproduce así la interpretación seguida en otros asuntos que parten también, para advertir la existencia de una infracción única y continuada, del presupuesto ineludible de la concertación de un plan único de actuación conjunta entre las distintas entidades implicadas.

Además de la mencionada sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012, Asunto Verhuizingen Coppens, C- 441/11, también el Tribunal General, sin perjuicio, obviamente, de aplicar esta jurisprudencia, ha puntualizado los siguientes extremos:

1º En la sentencia de 6 de febrero de 2014, asunto T-27/10 AC- Treuhand AG, apartados 240 y 241, señala que no puede identificarse de forma genérica el concepto "objetivo único", que subyace en el plan conjunto de las empresas implicadas, con la simple distorsión de la competencia, pues ese es el presupuesto de la calificación de la práctica como anticompetitiva. Esa interpretación tendría como consecuencia, que varios comportamientos relativos a un sector económico, contrarios al artículo 81 CE, apartado 1, deberían calificarse sistemáticamente como elementos constitutivos de una infracción única (véase la sentencia del Tribunal de 30

de noviembre de 2011, Quinn Barlo y otros/Comisión, T-208/06, Rec. p. II-7953, apartado 149, y la jurisprudencia citada).

Por ello, debe siempre verificarse el grado de complementariedad de los distintos comportamientos que integran la infracción única.

A este respecto, habrá que tener en cuenta cualquier circunstancia que pueda demostrar o desmentir dicho vínculo, como el período de aplicación, el contenido (incluyendo los métodos empleados) y, correlativamente, el objetivo de los diversos comportamientos de que se trata (véase la sentencia Amann & Söhne y Cousin Filterie/Comisión, antes citada, apartado 92, y la jurisprudencia citada).

2º La sentencia de 17 de mayo de 2013 Asunto T-147/09 Trelleborg Industrie, apartados 59 y ss, precisa que:

a) En el marco de una infracción que dura varios años, no impide la calificación de infracción única el hecho de que las distintas manifestaciones de los acuerdos se produzcan en períodos diferentes, siempre que pueda identificarse el elemento de unidad de actuación y finalidad.

b) De acuerdo con una práctica jurisprudencial constante se han identificado una serie de criterios que ayudan a calificar una infracción como única y continuada, a saber: la identidad de los objetivos de las prácticas consideradas, de los productos y servicios, de las empresas participantes, y de las formas de ejecución, pudiéndose tener en cuenta, además, la identidad de las personas físicas intervinientes por cuenta de las empresas implicadas y la identidad del ámbito de aplicación geográfico de las prácticas consideradas.

c) La Comisión puede, en consecuencia, presumir la permanencia de una empresa durante todo el período de duración del cártel, aunque no se haya acreditado la participación de la empresa en cuestión en fases concretas, siempre que concurren los elementos suficientes para acreditar la participación de la empresa en un plan conjunto con una finalidad específica, que se prolonga en el tiempo. La consecuencia inmediata de ello, es que el "dies a quo" del plazo de prescripción, se computa a partir del cese de la última conducta.

Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad conferida a la empresa implicada de desvirtuar esta presunción.

Dicha doctrina ha sido plenamente asumida por esta Sala de la Audiencia Nacional en las Sentencias de 15 de julio de 2014 (recursos nº 150/2013 y 176/2013 asuntos Torres Epic y Tepol).

Finalmente, la sentencia de 16 de junio de 2011, Asunto T-211/08, Putters International NV, a propósito del Mercado de los servicios de mudanzas internacionales en Bélgica, advierte que:

*"Las prácticas colusorias sólo pueden ser consideradas elementos constitutivos de un acuerdo único restrictivo de la competencia si se acredita que se inscriben en un plan global que persigue un objetivo común. Además, sólo si la empresa supo, o debería haber sabido, cuando participó en las prácticas colusorias que, al hacerlo, se integraba en el acuerdo único, su participación en las prácticas colusorias de que se trata puede constituir la expresión de su adhesión a dicho acuerdo ( sentencia del Tribunal de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T-25/95 , T- 26/95 , T-30/95 a T-32/95 , T-34/95 a T-39/95 , T-42/95 a T-46/95 , T-48/95 , T-50/95 a T-65/95 , T-68/95 a T- 71/95 , T-87/95 , T-88/95 , T-103/95 y T-104/95 , Rec. p. II-491, apartados 4027 y 4112).*

*Así pues, de esa jurisprudencia se deduce que deben concurrir tres requisitos para acreditar la participación en una infracción única y continuada, a saber, la existencia de un plan global que persigue un objetivo común, la contribución intencional de la empresa a ese plan y el hecho de que tenía conocimiento (demostrado o presunto) de los comportamientos infractores de los demás participantes".*

Por lo demás cumple recordar que la Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009 Asunto C-8/08 T-Mobile en su párrafo 26 refiere que: " Por lo que respecta a la definición de práctica concertada, el Tribunal de Justicia declaró que tal práctica concertada es una forma de coordinación entre empresas que, sin haber desembocado en la celebración de un convenio propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas (véanse las sentencias de 16 de diciembre de 1975, SuikerUnie y otros/Comisión, 40/73 a 48/73 ,50/73 ,54/73 a 56/73 ,111/73 ,113/73 y114/73, Rec. p. 1663, apartado 26, yde 31 de marzo de 1993, AhlströmOsakeyhtiö y otros/Comisión, C89/85 , C104/85 , C114/85 , C116/85 , C117/85 y C125/85 a C129/85 , Rec. p. I1307, apartado 63)".

**QUINTO.-** En el caso examinado, ha quedado acreditado que las empresas sancionadas, que compiten en el mismo mercado de hormigón prefabricado y, en concreto, de postes, tapas, cámaras y arquetas, en ejecución de un plan común para controlar el mercado de productos de prefabricados de hormigón, han llevado a cabo múltiples iniciativas para coordinar sus actuaciones comerciales, adoptando acuerdos, bilaterales y multilaterales, para la fijación de precios, intercambios de información, reparto de mercados y reparto de subastas durante el periodo comprendido desde 1985 a 2013.



La existencia de previo acuerdo y de un plan preconcebido resulta acreditada por la forma de actuación de las empresas sancionadas, que se inicia, respecto a los postes de hormigón, con un informe fechado el 25 de octubre de 1985, en el que intervienen PN -Postes Nervión, R -Romero, PR - Prephor, PO - Posteléctrica y HO - Hormelec (folio 854 expediente), en el que se consigna lo siguiente:

"...el objetivo básico de la posible relación entre los fabricantes del sector, deriva de la necesidad de ejercer un cierto control sobre el mercado nacional; al tiempo de conseguir que cada uno de los posibles miembros, respete unas pautas de comportamiento que hayan sido fijadas previamente por la totalidad.

A este respecto, debe decirse, en primer lugar, que los pactos o acuerdos que se tomen por la totalidad de los miembros y que no supongan una defensa activa de los intereses del sector, deben considerarse NO LICITOS, por lo que, en definitiva, no podrán ser escritos y se deberá confiar en el pacto entre caballeros.

Es precisamente este dato, que debe considerarse fundamental, el que más incidencia tiene a la hora de considerar la forma asociativa más conveniente. En efecto, si el objetivo básico que se pretende debe ser conocido por todos y al mismo tiempo, no puede reflejarse por escrito, aquellas figuras que no sean ágiles en su funcionamiento, contribuirán, en mayor medida, al entorpecimiento de los objetivos perseguidos".

Dicho documento incorpora un Anexo en el que se establece la realización de un estudio de mercado sobre el interés que puede tener la fabricación de este tipo de piezas. La fecha de comienzo del estudio se fija partir del 1 de Julio de 1985, abarcando una duración de dos años y medio en cuanto a proyección. En el referido Anexo se acuerda establecer unas condiciones generales base para la realización del estudio que comprendan tarifas mínimas, modalidades de cobro, precios mínimos de transporte con independencia de las distancias e iguales para todos los Grupos de piezas. Estas condiciones figuran en el Anexo P y deberán ser tenidas en cuenta para todos los Grupos, al objeto de evitar distorsión de los precios, pero sin perjuicio de que pueda existir una flexibilidad, siempre que se respeten las directrices básicas.

En el citado Anexo se acuerdan cuotas, se fijan precios y condiciones de venta y de pago, se regulan las ofertas y se establece que se penalizaran los incumplimientos de lo pactado (folios 863,865,867 y 871 expediente). Además, se regula una actuación conjunta frente a la competencia y la creación de un Fondo de Garantía para la corrección de los posibles defectos y se prevén intercambios de información y su frecuencia (folios 868,872 y 873 expediente). En el Anexo P se incluyen listas de precios por tipo de productos en las que aparecen las siguientes columnas: Mínimo, PN, R, PR, PO, HO (folios 87-877 expediente), se regulan los precios de transportes, pesos de postes y condiciones generales de venta (folios 878 a 880). La Administración identifica esas siglas con las empresas (PN con Postes Nervión, R con Romero, PR con Prephor, PO con Posteléctrica y HO con Hormelec

El 17 de mayo de 1988 se llega a otro acuerdo, con la participación de Xixalvo, con una duración prevista desde el 1 de mayo de 1988 hasta el 31 de diciembre de 1990 (folio 833 expediente). En citado acuerdo, en el que aparecen las cuotas de 6 participantes identificados por los números 1 a 6, se establecen tarifas mínimas, modalidades de cobro y precios mínimos de transporte, la posibilidad de hacer inspecciones en los almacenes de las fábricas de los participantes. También se prevé la creación de un fondo de garantía con las aportaciones de los participantes que incumplan y se regula el tratamiento de morosos, la actuación frente a la competencia. En su Anexo P se incluye una lista de precios. (folios 833 a 841).

Obra en las actuaciones un nuevo acuerdo suscrito el 11 de noviembre de 1988 entre 1-Posteeléctrica Fabricación, 2- Nervión, 3-Hormelec, 4-Prephor, 5-Romero, 6-Xeixalvo y 7 Aplihorsa ( identificados por los números 1 a 7) de contenido similar a los anteriores( folios 812 a 819), así como un documento relativo a una reunión celebrada el 11 de noviembre de 1988, en la que se fijan nuevos precios de postes y que aparece firmada, entre otros por Ribera, Mendilucen, Costa, Gaspar, Camacho, Rospill y J. Hervera ( folio 827). Este último, que también aparece como firmante del acta manuscrita de la reunión de 9 de febrero de 1989, interviene en nombre de Prephor, como resulta de diferentes correos electrónicos obrantes en el expediente administrativo.

Los acuerdos continuaron en el año 1989, ya con la presencia de Aplihorsa, llevándose a cabo por las empresas intercambios de precios de postes de hormigón y diversas penalizaciones y liquidaciones en relación al fondo común y, entre ellos a Prephor, de nuevo identificado con el número 4 (folio 913).

Encontramos en las actuaciones el acta de la reunión de 14 de febrero de 1991, a la que asistió Prephor, en la que se fijaron las penalizaciones correspondientes al periodo comprendido entre el 1-7- 90 y el 31-1-91 (folios 914 y 915) y se fijaron los precios de las piezas de alumbrado.

Las prácticas concertadas continuaron en 1992 y 1993, en relación con compensaciones, establecimiento de compromisos entre las empresas sancionadas, actualizaciones de precios y estudios sobre morosidad. Además, se crea una sociedad formada por todas las entidades empresariales participantes para garantizar

la estabilidad del acuerdo y los pagos( folios 794-795) y se fijan las cuotas que cada una debe cumplir en su mercado institucional así como las pautas para participar en concursos, aprobándose una tabla a tal efecto, en la que figuran los nombres de Posteléctrica, Aplicaciones, O. Nervión, Hormelec, Prephor, P. Romero y P. Xeixalvo, además de los clientes institucionales ( folios 771 a 773). Constan acuerdos sobre repartos de cuotas de mercado entre Posteléctrica de Fabricación, Postes Nervión, Hormelec, Prephor, Romero, Xeixalvo y Aplicaciones de Hormigón. Y sobre actualizaciones de precios (folios 309, 806 y 807 y 1121 y 1128). Obra en autos un cuadro comparativo fechado en 1994 de ofertas a Telefónica en el que aparecen precios por cada tipo de postes par columnas numeradas del 1 al 7 (folio 1106).

Ha quedado acreditado que en 1995, Posteléctrica de Fabricación, Postes Nervión, Hormelec, Prephor, Romero, Xeixalvo y Aplihorsa llegaron a u nuevo acuerdo con el fin de regular debidamente la situación del mercado Nacional de Postes de Hormigón. La duración de este acuerdo se extendía hasta el 31 de diciembre de 1998. En él, se fijaron cuotas, tarifas mínimas, modalidades de cobro, precios mínimos de transporte, se acuerdan intercambios de información comercial sensible y realizar inspecciones para garantizar el cumplimiento de lo pactado, fijándose penalizaciones en caso de incumplimiento. Además, se regulan ofertas (folios 774 a 780). Constan también probados intercambios de datos sobre los precios de fábrica de los diferentes postes de Posteléctrica, P. Nervión, Hormelec, Prephor, P. Romero, Xeixalvo y Aplihorsa, en relación la oferta de Iberdrola de febrero de 1995 (folios 1116 y 1117) y los precios a aplicar por Aplicaciones, Xeixalvo, Prephor y PSA para Unión Fenosa en 1995 y 1996 y para Hormelec, Romero y P.Nervion en 1996 ( folio 1108)las empresas sancionadas.

En 1996 se firma un nuevo acuerdo entre Posteléctrica de Fabricación, Postes Nervión, Hormelec, Prephor, Romero, Xeixalvo y Aplihorsa para regular el mercado, fijar precios e intercambiar información, control de morosos, vigilancia y s regula la mesa de participantes (folios 919-920) a la que se atribuyen las funciones de Asamblea, Mesa Reguladora, Comision de Precios y Comision de Control, previéndose reuniones mensuales de las que deberá levantarse acta. En el Anexo A se recogen listas de precios para clientes normales, clientes almacenistas, clientes vinculados y distribuidores eléctricos (folios 939-940).

En este mismo año, tras la fusión de Romero y Hormelec, se prevén nuevas cuotas para las empresas participantes 1,2,3-5, 4,6 y 7) y se adaptan las aportaciones al fondo de garantía, se aprueba un código ético para una mayor estabilidad del mercado en el que participan 1,2,3-5, 4,6 y 7 y se establecen mecanismos de control de incumplimiento de los precios pactados (folio 946).

En 1997 y 1998 constan probados intercambios de precios (folios 297 y 305). En concreto, aparece una lista de precios a ofertar a Endesa (folio 1017). El número de código para la identificación de las empresas participantes cambia de manera que el 1 corresponde a Posteléctrica Fabricación, el 2 a Postes Nervión, el 3 a Romero Hormelec, el 4 a Prephor el 5 a Xeixalvo y el 6 a Aplihorsa. (folio 941) El número 3 es la suma del 3 + 5 (Hormelec + Postes Romero).

Obran en el expediente administrativo varios cuadros sobre ofertas de postes de H. a Iberdrola relativos a 1999, subtitulados respectivamente "Oferta Posteléctrica -99"; "Oferta P.Nervion-99"; "Oferta Romero Hormelec-99";"Oferta Prephpr-99"; "Oferta Xeixalvo-99" y "Oferta Apñohorsa-99"( folios1074 a 1079)

En el año 2000, Posteléctrica de Fabricación, Postes Nervión, Romero Hormelec, Prephor, Xeixalvo y Aplihorsa acordaron el reparto de cutas de clientes particulares e institucionales, fijaron las compensaciones a realizar, los precios a establecer y los descuentos máximos a aplicar (folios 485 a 487).

Los acuerdos continuaron en 2001, siendo relevante destacar el documento denominado Bases para la actualización e los acuerdos, remitido por Romero Hormelec a Posteléctrica de Fabricación, Postes Nervión, Prephor, Xeixalvo y Aplihorsa, fechado el 13 de noviembre de 2001, que recoge datos de venta de postes y en el que se acuerda mantener la división del mercado en institucionales y particulares (folio 765)

En 2002 se rompen los acuerdos entre las empresas, retomándose en 2003 (folio 3187), quedando acreditados acuerdos sobre precios, condiciones comerciales y repartos de mercados de postes de hormigón.

Posteléctrica de Fabricación, Postes Nervión, Prephor, Xeixalvo y Aplihorsa intentan llegar a un nuevo acuerdo con la premisa básica de abordar un reparto de las cuotas ajustado a la realidad existente en el mercado y la fijación de métodos de control. Los contactos continúan en diversas reuniones, materializándose el nuevo acuerdo en Palencia el 16 de junio de 2003 entre Posteléctrica de Fabricación, Postes Nervión, Romero Hormelec , Prephor, Xeixalvo y Aplihorsa, en el que fijan cuotas, precios, reparto de clientes institucionales y respecto de Telefónica, una distribución fija entre empresas, con independencia de la distribución real que haga Telefónica, comprometiéndose las empresas a repartirse los pedidos de manera interna hasta alcanzar las participaciones teóricas, que se fijan para cada participante. Posteriormente, se suscribió un "nuevo Acuerdo de Palencia de junio de 2002 como norma de funcionamiento desde el 1 de julio (folios 31191 a 31194),





En 2004, constan acreditados intercambios de datos sobre producción, ventas y precios (folios 1467 a 1472, 1661 a 1663 y 3222 a 3236, 3267 a 3271, 3273 a 3278, 3286 a 3287 y 3297 a 3302).

En 2005 prosiguen las reuniones para fijar precios, compartir información comercial desagregada, incluyendo precios y unidades vendidas y repartos de subastas de grandes empresas (correo electrónico remitido por Jesús Carlos [ DIRECCION000 ] el 25 de abril de 2005 11:56 a Juan Miguel ; Pedro Antonio (E-mail); ' Alejandro '; ' Aureliano - Asunto: Reunión 31/03/05 Acta folio 3360; correo electrónico remitido por Jesús Carlos [ DIRECCION000 ] el 22 de junio de 2005 13:23 a Alejandro Postes Nervión (E-mail); ' Juan Miguel '; Pedro Antonio (E-mail); Aureliano Postelétrica (E-mail) Asunto: Acta 21 de junio de 2005 folios 3413 y 3414; correo electrónico enviado por Pedro Antonio [ DIRECCION001 ] el 01 de septiembre de 2005 18:56 a Aureliano ; Alejandro ; Juan Miguel ; Jesús Carlos ; Norberto Asunto: Acta REUNIÓN 29.08.05, folios 3421 y 3422; correo enviado por. Pedro Antonio [ DIRECCION001 el 14 de octubre de 2005 18:02 a Aureliano ; Alejandro ; Juan Miguel ; Jesús Carlos ; Norberto ; Benedicto Asunto: Acta 13.10.05 y Ofertas a UF, folio 3433; correo enviado por madrid [madrid@postesnervion.es], el 16 de noviembre de 2005 a: DIRECCION002 ; DIRECCION000 . DIRECCION001 ; DIRECCION003 ; DIRECCION004 Asunto: Acta Reunión 15/11/05, folio 3443).Constan acreditados intercambios de listas de precios para una subasta con Iberdrola, mediante correos intercambiados entre Postelétrica y Prephor. (folios 3383 a 3385 y 3388 a 3391) También son tratadas las licitaciones con Telefónica y Unión Fenosa (folio 3440).

En 2006 y 2007 continúan las reuniones entre Postelétrica de Fabricación, Postes Nervión, Romero Hormelec , Prephor, y Xeixalvo , sobre fijación de precios, reparto de próximas subastas e intercambios de información sensible(folios 1611,1609.1613,1617 a 1619, 1621, 3521 a 3522, 3522,3619 a 3621, 3625 a 3626 y 3651 y folios 3662 a 3665, 3745,3751,3756,3761 a 3763, 3783 a 3785,3786 a 3788 y 3789 a 3791).

En 2008, constan en las actuaciones las convocatorias a reuniones a celebrar el 5 de febrero, 15 de marzo, 8 de mayo y 24 de junio (folios 3800.3806,3821 a 3822, 3870, 1569), así como el acta de las reuniones celebradas el 7 y el 26 de febrero en la que se acordaron las compensaciones a realizar y se analizó la situación de clientes institucionales (folio 3808). Las empresas se intercambian datos y se organizan pujas en las diferentes subastas que se van celebrando (folios 3825 y 3826).

En 2009, los acuerdos entre Postelétrica de Fabricación, Postes Nervión, Romero Hormelec , Prephor, Aplicaciones y Xeixalvo centran en el reparto de las subastas realizadas por Telefónica y en limitar el número de empresas participantes en los repartos( folios 3877 a 3879). El reparto de subastas continúa en 2010 (folio 3914) y 2483 a 2493). En 2011 constan convocatorias a reuniones (folios 3968,3996,3998,4015,4122 a 4124) e intercambios de correos electrónicos (folios 2939 a 2970) "Propuesta para reactivar los acuerdos de Postes", se realiza un resumen del acuerdo hasta ese momento. Las empresas continúan intercambiando precios (folio 4013). También continúan los pactos sobre reparto de subastas de Telefónica, con la particularidad de que Adhorna, Prephor y Romero Hormelec acudan en UTE a las subastas, para mejorar el precio de compra (folios 3123 a 3128, 3134 a 3135, 3141, 3142 y 3143. Además, se acuerdan las compensaciones a realizar (folio 3165).

En 2012 y 2013 se llevan a cabo contactos para llegar a un acuerdo sobre los precios a ofrecer en las subastas de EON. Consta en las actuaciones el acta de la reunión celebrada en Madrid el 29 de junio de 2012, con la asistencia de Postelétrica (PF): Aureliano Adhorna (ADH): Alejandro Prephor (PRE): Norberto , (no asiste, acatará decisiones de ADH). Romero Hormelec (RH): Juan Miguel y Benedicto , sobre la Oferta HC (folio 4143), existiendo constancia del reparto de la subasta para la empresa Hidroeléctrica del Cantábrico (HC) cantábrico a través del correo electrónico remitido el 03 de julio de 2012por Benedicto : [ DIRECCION005 a Alejandro ; Norberto ; Aureliano CC: Juan Miguel Portugal; Alejandro Lalaguna Asunto: Oferta Cantábrico ( folio 4145).

Al mismo tiempo, desde 1998 hasta julio de 2013 se desarrollaron acuerdos sobre tapas, arquetas y cámaras entre Postelétrica Fabricación, Postes Nervión Adhorna, Romero Hormelec, Prephor, Elfisa y Bupre.

Consta acreditado en las actuaciones un acuerdo de 3 de diciembre de 1998 sobre venta de arquetas, cámaras y/o sus piezas, para Revisión, CYC Telecomunicaciones y/o las contratadas adjudicatarias de sus obras, en el que se estipulaba el reparto de pedidos a partes iguales entre Prephor y Comercial Arroyo-Postelétrica de Fabricación, y se fijaban los precios a aplicar a lo largo de diez años (folios 1491 a 1494).

Entre 2004 y 2012 tuvieron lugar acuerdos e intercambios de información comercial sobre tapas y arquetas, fijación de precios y, condiciones comerciales y reparto de mercados (folios 3198 y 3199 que recogen el acta de la reunión de Palencia de 05/07/04, en la que consta la asistencia de Prephor y folios 3217,3218,3219, 3240,3247 y 3288 que recogen correos electrónicos fijando fechas para reuniones, remitidos, entre otras empresas, a Prephor). Aparecen también documentadas la convocatoria de reuniones a celebrar (folios 3344,3346 y 3368). en 2005, así como correos enviando ofertas de arquetas (folios 3349 a 3359), propuestas de precios de arquetas a terceros con entrada en vigor el 1 de mayo de 2006 (folio 3523).



Mediante correo electrónico enviado el 20 de abril de 2006 por Postelétrica de Fabricación a Elfisa. a Alejandro y a Prephor, se explica el sistema de reparto de las listas de tarifas de arquetas (folio 3536),. Por correo electrónico remitido el 1 de febrero de 2007 por Postes Nervión a Erasmo ; Aureliano ; Silvia y Jesús Carlos (Prephor) se adjuntan tablas organizativas de la próxima subasta de arquetas 2007.( folios 3695 a 3698).Figuran también correos electrónicos acreditativos del acuerdo en virtud del cual quedara fuera del mercado de arquetas, a cambio de que Prephor y Adhorma le compren siempre a ella tapas de hormigón y además se fijan los precios que Bupre deberá cargar a sus clientes (folios 4088 y 4089 ).Además continúan en 2011 los acuerdos relativos a la subasta de arquetas de telefónica (folio 3108).

También han quedado acreditados acuerdos relativos a la subasta de arquetas a Telefónica, con tables de precios de cuatro participantes, con 18 movimientos e instrucciones (folio 3708 a 3732)así como respecto de Tapas-2008 (folio 3814)

En el año 2010 constan intercambios de precios de tapas (folio 2680). Obra en las actuaciones un correo electrónico de 29 de marzo de 2011, remitido por Silvia [ DIRECCION006 ] a Aureliano ; Norberto ; Alejandro ; Jose Miguel Asunto, relativo a la reunión celebrada el día anterior en Burgos para intentar el control de los precios de arquetas y obras de Telefónica (folio 3992) y se continúan fijando precios para concurso de tapas (folio 4133).

En 2012 se suceden nuevos correos electrónicos sobre precios de tapas de hormigón a presentar a Telefónica (folios 4177,4178,4180 a 4184).

Por lo demás, han quedado acreditados acuerdo entre Postelétrica de Fabricación, Prephr y Adhorma relativos a acuerdos sobre cámaras de hormigón y edificios para subestaciones en el periodo de 2005 a 2007 (folios 3783 a 3742, 1623 a 1624, 3708 a 3732,3764 a 3767,3771,3792 a 3795).

**SEXTO.-** Lo s hechos expuestos en el anterior fundamento acreditan la existencia de un plan común, de carácter anticompetitivo, explícito en los acuerdos adoptados e implícito en el comportamiento de las empresas sancionadas, con la finalidad de controlar la oferta y fijar los precios del mercado de prefabricados de hormigón y regulara las subastas, sustituyendo la política comercial individual de cada una de ellas por la decisión colectivamente adoptada. Así las cosas, las conductas sancionadas son constitutivas de un cártel de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2 de la Disposición Adicional Cuarta, de la Ley de Defensa de la Competencia, que define el cártel, en la redacción vigente en la fecha de la resolución sancionadora ahora recurrida como: "todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones."

En cualquier caso, entendemos que la enumeración contenida en la mencionada Disposición Adicional de la LDC no es de carácter cerrado ni de interpretación restrictiva. El artículo art. 62 LDC prescinde del término cártel, calificando como infracción toda contravención del artículo 1 de la LDC. En esa concepción del sentido de la mencionada disposición adicional cuarta de la LDC subyace la idea de que la misma debe necesariamente comprender todo acuerdo secreto cuyo objeto incida o pueda incidir, ya sea de forma directa o mediata, en la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, en el reparto de mercados, incluidas pujas fraudulentas o la restricción de importaciones o exportaciones". Esta interpretación resulta avalada por la posterior redacción dada a la citada Disposición Adicional Cuarta por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo. (BOE-A-2017-5855) vigente desde el 27 de mayo de 2017, en la que el cártel aparece definido como "todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia

La calificación de cartel resulta, además, corroborada la previsión de penalizaciones para los casos de incumplimiento delo pactado y el intento de preservar carácter secreto de los acuerdos y de los participantes, a quienes se identifica con números o iniciales.

Por lo demás, estamos ante una infracción por el objeto, de acuerdo con las Directrices de la Comisión Europea sobre los Acuerdos de Cooperación Horizontal, por cuanto que los acuerdos alcanzados versaron sobre el reparto de mercado entre productores, incluidas las licitaciones convocadas por los clientes del mercado de prefabricados de hormigón, sobre intercambios de precios, limitación de la producción, la fijación de compensaciones entre productores, el establecimiento de condiciones comerciales de venta, sobre



intercambios de información estratégica de productos y sobre medidas de presión respecto de los productos no adheridos a los acuerdos y respecto de eventuales incumplimientos de lo pactado.

**SÉPTIMO.**- Ha quedado también acreditada la participación activa de la recurrente en las conductas descritas, circunstancia no negada por ésta con carácter general en su escrito de formalización de la demanda. La circunstancia de que no asistiese a la reunión de 29 de junio de 2012 (folio 4143), carece de trascendencia a los efectos de eximirse de responsabilidad respecto a los acuerdos en ella adoptados por cuanto, como se consignó en correspondiente acta, "PREPHOR acatará las decisiones de ADN", sin que conste que impugnara de forma expresa el acta que consta le remitida (folio 4142) y, en concreto, dicha manifestación.

Compartimos la interpretación que realiza la Administración de las siglas contenidas en la lista de precios obrante al folio 875 del expediente administrativo (Anexo P del informe de 25 de octubre 1985), que identifica PN con Postes Nervión, R con Romero, PR con Prephor, PO con Posteléctrica y HO con Hormelec, sin que por la parte recurrente se ofrezca otra interpretación de aquellas más plausible.

Por lo demás cumple manifestar que los documentos obrantes en las actuaciones acreditan que el participante identificado con el nº 4 se corresponder con Prephor (véase Acta Reunión 15/11/2.005:Asistentes: Nº 1 ( Aureliano ) Nº 2 ( Alejandro ) Nº 3 ( Juan Miguel ) Nº 4 ( Norberto , Jesús Carlos ) Nº 5 ( Pedro Antonio , Edemiro , Cesareo ); Acta Reunión13/10/05 Asistentes: Nº 1 ( Aureliano ) Nº 2 ( Alejandro ) Nº 3 ( Benedicto ) Nº 4 ( Jesús Carlos ) Nº 5 ( Cesareo y Pedro Antonio ) y correo electrónico de Benedicto [ DIRECCION005 ] Enviado el: miércoles, 13 de abril de 2011 17:21 Para: Norberto ; Alejandro ; Aureliano CC: Juan Miguel Portugal Asunto: Propuesta para Reactivación del acuerdo postes-Abril-2011-2.pdf (Folio: 2939 ), en el que aparecen los siguientes participantes: Nº 1.- Posteléctrica Fabricación Nº 2.- Adhorna Nº 3.- Romero Hormelec Nº 4.- Prephor Nº 5.- Xeixalvo Nº 6.- Aplihorsa.

Por lo que se refiere a la constitución de la UTE entre Adhorna, Prephor y Romero Hormelec para acudir a una subasta de Telefónica, entendemos que fue una forma más utilizada para articular el plan global, con el objetivo único de controlar el mercado de productos de hormigón prefabricado, llevándose a acabo, a su amparo, actuaciones anticompetitivas de fijación de precios de la subasta de acuerdo con los demás miembros del cártel.

Ha quedado también acreditada la participación de Prephor en los acuerdos relativos a tapas, arquetas y cámaras, pues, en contra de lo manifestado por la recurrente, aquella no se fundamenta en correos electrónicos aislados, sino que existe constancia documental abundante de la presencia activa de Prephor en dichas prácticas anticompetitivas y del cumplido conocimiento que tenía de todas ellas, sin que en ningún momento conste que se apartara de ellas de forma expresa.

A lo expuesto cabe añadir que también ha quedado probado que Prephor era concedora de los comportamientos infractores de los demás participantes, ya que todos ellos eran adoptados en ejecución de un plan común para controlar el mercado de productos de prefabricados de hormigón, en concreto, de postes, tapas y arquetas.

**OCTAVO.**- As í pues, debemos concluir que, en el caso examinado, concurren los tres requisitos que exige la jurisprudencia para acreditar la existencia de una infracción única y continuada, a saber, la existencia de un plan global que persigue un objetivo común, la contribución intencional de la empresa a ese plan y el hecho de que tuviera conocimiento (demostrado o presunto) de los comportamientos infractores de los demás participantes.

Además, ha quedado acreditado que las prácticas sancionadas mantenían una relación espacio-temporal de sucesión, sin que las interrupciones producidas, alcancen, por su duración, la entidad precisa para desvirtuar la calificación de la infracción imputada como única y continuada. Por lo demás, hemos de reiterar que resulta irrelevante que Prephor no participara en todos y cada uno de los acuerdos, siendo así que no consta probado que se apartara de las prácticas anticompetitivas de forma explícita

Tampoco la ausencia de homogeneidad en el modo de operar altera la calificación de la infracción como única y continuada y, de naturaleza compleja, puesto que engloba prácticas de fijación de precios, reparto de mercados, acuerdos de repartos de subastas, incluida la constitución de una UTE para participar en subastas, e intercambios de información comercial sensible, en relación con varios productos del mercado de prefabricados de hormigón se ejecutaron de manera simultánea o sucesiva y compartiendo un objetivo común, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, utilizando con la misma finalidad infractora similares métodos, constituyendo una vulneración de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE.

**NOVENO.** - Para terminar, se opone la parte recurrente a las consideraciones y criterios tomados en consideración para la determinación del importe de la sanción porque no está acreditado que la participación de PREPHOR en las reuniones y contactos se mantuviera activa durante todo el periodo de 1985 hasta 2013,



porque su participación en muchas de dichas reuniones fue meramente testimonial, escasa y sin protagonismo alguno.

Añade que no es acertada la aplicación la agravante prevista en el artículo 64.2 c) al no haberse acreditado que por parte de la recurrente se haya adoptado medida alguna para imponer o garantizar el cumplimiento de los acuerdos alcanzados, resultando insuficiente a estos efectos, la existencia de un anexo a un correo electrónico que se refiere a un posible acuerdo de boicot a la sociedad APLIHORSA para garantizar el cumplimiento de los pactos.

Para terminar, manifiesta que PREPHOR nunca puso en práctica los supuestos acuerdos ilícitos que se le imputan y hace suyos la recurrente los argumentos del voto particular que contiene la resolución recurrida respecto de la determinación de las sanciones impuestas.

Para dar respuesta a este motivo de impugnación es preciso señalar, con carácter previo, que el Acuerdo recurrido no aprecia ninguna agravante, como expresamente se consigna en el folio 77.

Por lo demás, cumple manifestar que la cuantía de la multa se ha fijado con arreglo a los criterios establecidos en la "Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea" (BOE de 11 de febrero de 2009) y, en consecuencia, a partir de un método de cálculo no conforme a Derecho con arreglo al criterio adoptado por el Tribunal Supremo en sentencia dictada con fecha 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013), reiterado en otras muchas posteriores.

A partir de ahí, como advierte la STS de 19 de junio de 2018, rec.1480/2016, una vez que la Sala entiende que no resulta posible aceptar una cuantificación de la multa con base en unos criterios que esta Sala ha considerado contrarios a derecho, no es posible avanzar el resultado de la recta aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley de Defensa de la Competencia respecto a la cuantía de la multa, cálculo que corresponde hacer al órgano regulador

Procede entonces la estimación parcial del recurso en el único sentido de anular la sanción de multa impuesta, y disponer se remitan las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a fin de que determine e imponga dicha multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, y en aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, interpretados en los términos expuestos por el Tribunal Supremo.

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

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación,

## FALLAMOS

1. Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el procurador don Marcos Juan Calleja García, contra la resolución de 15 de enero de 2015, dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, en el expediente S/0473/POSTES DE HORMIGON, por la que se le impuso una sanción por importe de 441.826 euros.
2. Anular la referida resolución en el solo particular relativo a la determinación de la cuantía de la multa, por no ser en este extremo ajustada a Derecho.
- 3.- Remitir las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a fin de que dicte otra en la cual fije su importe en atención a los criterios legales de graduación debidamente motivados, con aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 17/2007, de Defensa de la Competencia, interpretados en los términos expuestos en la fundamentación jurídica de esta sentencia.

Sin hacer expresa imposición de costas.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 60 días, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.2 del Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID 19 en el ámbito de la Administración de Justicia, debiendo acreditarse en el escrito de preparación del recurso el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.





**PUBLICACIÓN.** - Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su notificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 12/06/2020 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ