



Roj: **SAN 1179/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:1179**

Id Cendoj: **28079230062020100089**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **19/05/2020**

Nº de Recurso: **158/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000158 /2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01648/2015

Demandante: POSTES XEIXALVO S.L.

Procurador: D. RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. 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.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 158/15 promovido por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de **POSTES XEIXALVO S.L.** contra la resolución de 15 de enero de 2015, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 238.731 euros €. por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 110/1963, 1 de la Ley 16/1989 y del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

" la resolución adoptada por el Consejo de la CNMC el 15 de enero de 2015 en el expediente administrativo nº S/0473/13, Postes de Hormigón, resolución que deberá ser declarada contraria a derecho en su integridad en lo que se refiere a XEIVALVO y como consecuencia de ello anuladas todas sus declaraciones e intimaciones incluida la multa impuesta a mi mandante

" (ii) subsidiariamente, para el caso de que la Sala a la que tengo el honor de dirigirme desestime los argumentos de nulidad de la resolución, estime la anulación y/o reducción sustancial de la multa de 238.731 euros impuesta a XEIXALVO por las razones que han quedado expuestas a lo largo del presente escrito de recurso en especial en el motivo segundo, cuantificando la sanción que proceda en aplicación de los criterios de la LDC.

En cualquiera de los casos anteriores se solicita que se acuerde expresa imposición de costas a la Administración demandada y que se ordene a la CNMC la publicación a su costa de la parte dispositiva de la sentencia que se dicte."

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

TERCERO.- En virtud de diligencia de ordenación de 7 de julio de 2015, se tuvo por contestada la demanda por el Abogado del Estado, se fijó la cuantía del recurso en 238.731 euros y se concedió plazo a las partes para que presentaran sus respectivos escritos de conclusiones.

CUARTO.- Una vez presentados los respectivos escritos de conclusiones por las partes quedaron los autos conclusos para sentencia.

Seguidamente, mediante providencia de 13 de febrero de 2020, se acordó señalar para votación y fallo del recurso el día 19 de febrero de 2020, en que tuvo lugar

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Ramón Castillo Badal, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo impugna la entidad actora la resolución de 15 de enero de 2015, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 238.731 euros por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 110/1963, 1 de la Ley 16/1989 y del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente "S/0473/13 POSTES DE HORMIGÓN" era del siguiente tenor literal:

PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 110/1963 , del artículo 1 de la Ley 16/1989 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:

POSTES XEIXALVO S.L.

(...).

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

POSTES XEIXALVO S.L.: 238.731 euros

SEXTO.- Instar asimismo a la Dirección de Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.."

Como antecedentes que precedieron al dictado de dicha resolución, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, merecen destacarse los siguientes:

1) Con fecha 22 de mayo de 2013, un denunciante anónimo presentó en la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) determinada información relacionada con posibles prácticas anticompetitivas, 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.

A la vista de dicha información, la Dirección de Investigación, inició una información reservada, con el fin de determinar, la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de expediente sancionador.

2) Con fecha 11 y 12 de junio de 2013, se llevaron a cabo inspecciones domiciliarias simultáneas en las sedes de las empresas POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN S.A, ROMERO HORMELEC S.A y ADHORNA PREFABRICACIÓN S.A..

3) Tras analizar la información obtenida en las inspecciones domiciliarias, la Dirección de Investigación, con fecha 4 de julio de 2013, acordó la incoación de expediente sancionador contra ADHORNA PREFABRICACIÓN S.A., POSTES NERVIÓN, S.A., ROMERO HORMELEC S.A., POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN S.A., PREFABRICADOS Y POSTES DE HORMIGÓN S.A., APLICACIONES DEL HORMIGÓN S.A. y POSTES XEIXALVO S.L., por posibles conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC, consistentes en intercambios de información y acuerdos para el reparto de mercado y la fijación de condiciones comerciales, en el mercado de fabricación y venta de prefabricados de hormigón.

4) Con fecha 30 de enero de 2014, se acordó la ampliación de la incoación a ELEMENTOS DE SUJECIÓN GALVANIZADOS S.L., BUPRE S.L. y RUBIERA PREDISAS S.L.,

5) La Dirección de Competencia elaboró el Pliego de Concreción de Hechos, notificándolo a las partes entre los días 24 y 25 de abril de 2014, presentando alegaciones las entidades POSTES XEIXALVO S.L., ADHORNA PREFABRICACIÓN S.A., APLICACIONES DEL HORMIGÓN S.A., PREFABRICADOS Y POSTES DE HORMIGÓN S.A., ROMERO HORMELEC S.A., POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN S.A., RUBIERA PREDISAS S.L., BUPRE S.L. y ELEMENTOS DE SUJECIÓN GALVANIZADOS, S.L.

6) Con fecha 20 de junio de 2014, se procedió al cierre de la fase de instrucción en el expediente de referencia, con el fin de redactar la propuesta de resolución que fue dictada el 24 de junio de 2014, y se notificó debidamente a las partes para que presentaran las alegaciones que estimasen convenientes.

7) La propuesta de resolución fue elevada a la Sala de Competencia con fecha 22 de julio de 2014, presentando alegaciones POSTES XEIXALVO S.L., ADHORNA PREFABRICACIÓN S.A., APLICACIONES DEL HORMIGÓN S.A., PREFABRICADOS Y POSTES DE HORMIGÓN S.A., ROMERO HORMELEC S.A., POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN S.A., RUBIERA PREDISAS S.L., BUPRE S.L..

8) Mediante acuerdo de fecha 27 de noviembre de 2014, se requirió nuevamente a las empresas para que ampliaran la información relativa al volumen de negocios y al mercado afectado, requerimiento que fue atendido por todas las empresas entre los días 5 y 22 de diciembre de 2014. Dicho acuerdo suspendió el cómputo del plazo de duración del procedimiento con fecha de efectos 2 de diciembre de 2014, acordándose el levantamiento de la suspensión con efectos de 23 de diciembre de 2014.

9) Finalmente, la Sala de Competencia dictó la resolución sancionadora el 15 de enero de 2015.

SEGUNDO.- En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, en la resolución recurrida se describe a la entidad actora, POSTES XEIXALVO S.L, del siguiente modo:

POSTES XEIXALVO comenzó su actividad en 1991 con el objeto de fabricar elementos de hormigón para la construcción. Su sede se encuentra en Orense.

Antes de delimitar el mercado afectado, la resolución recurrida hace algunas consideraciones relevantes sobre su caracterización y sobre el marco normativo para, a continuación, en cuanto al mercado de producto, explicar que los acuerdos investigados abarcarían los mercados de fabricación y venta de prefabricados de hormigón. En particular, dentro del citado mercado, los productos de postes de hormigón, arquetas, tapas y cámaras.

Según precedentes de la Unión Europea, la resolución impugnada identifica básicamente cuatro mercados de hormigón distintos en función de las características y aplicaciones del producto.

El hormigón premezclado, que suele mezclarse previamente en instalaciones específicas y se transporta después en vehículos especiales (hormigoneras) al lugar en el que se vaya a utilizar. Este producto se utiliza como base para construcciones de hormigón moldeado *in situ*, se suministra y vende semi-húmedo, y es un producto perecedero.

El hormigón mezclado *in situ* o en el lugar en el que va a utilizarse, para el que el usuario final simplemente mezcle el cemento embalado en sacos con los áridos, el agua y el aditivo. Se trata de una actividad intensiva en mano de obra y el hormigón que se obtiene no presenta una calidad homogénea salvo en las grandes obras, normalmente obras públicas, en las que se instalan plantas de hormigón comparables a las de los propios

proveedores habituales. Este tipo de mezcla se utiliza principalmente cuando rapidez y calidad no son factores importantes y cuando los volúmenes exigidos son relativamente limitados.

El hormigón seco o mortero seco, es una forma más elaborada del hormigón *in situ*, ya que es un producto premezclado al que sólo hay que añadir agua. El mortero seco se elabora conforme a composiciones específicas, presentando una calidad homogénea. Además, ofrece al usuario mayor grado de flexibilidad al poder prever con anterioridad el momento en el que se necesitan las cantidades exactas del producto. Sin embargo, es un producto mucho más costoso, utilizándose principalmente cuando se requieren cantidades pequeñas de producto y de mayor calidad.

El hormigón en elementos prefabricados es utilizado en determinadas aplicaciones y puede incorporar también otros productos prefabricados. Dentro de la categoría de hormigón prefabricado, es posible distinguir los segmentos de pilares prefabricados, vigas y viguetas, barreras de seguridad en carreteras, contenedores, traviesas para vías férreas, así como bloques y elementos para la construcción de edificios.

Explica la resolución recurrida que un producto prefabricado de hormigón es una pieza fabricada en una planta de producción fija empleando hormigón como materia fundamental. Una vez fabricado, el producto se puede almacenar hasta el momento de su entrega en obra.

Un poste de hormigón es una columna de dicho material colocada verticalmente para servir de apoyo. Existen 4 tipos de postes de hormigón:

Postes de hormigón armado

Postes de hormigón armado vibrado

Postes de hormigón armado centrifugado

Postes de hormigón armado pretensado

La resolución recurrida los describe y especifica su uso principal, así como el de las arquetas y cámaras de hormigón.

Por lo que se refiere al mercado geográfico, la resolución recurrida, dice que el mercado del hormigón ha sido definido por la Comisión Europea como un mercado básicamente local, si bien en algunos casos se ha delimitado como mercado regional o nacional debido al solapamiento o superposición que podría producirse entre los mercados locales con condiciones de competencia homogéneas.

Respecto a los productos prefabricados de hormigón, la Comisión ha considerado que el mercado no superaba el ámbito nacional. Igualmente, la investigación realizada por la Comisión reveló que la estructura de la oferta, los niveles de precios y otras condiciones de competencia no diferían significativamente dentro de cada país.

En cuanto al funcionamiento del mercado, la resolución recurrida explica que el mercado de prefabricados de hormigón está sujeto a una abundante normativa a fin de garantizar su uso por razones de seguridad.

Explica que además de los fabricantes de prefabricados de hormigón, dentro del mercado trabajan también los almacenistas de prefabricados de hormigón. Los almacenes de hormigón son centros donde se almacenan los productos una vez fabricados, a la espera de ser vendidos. Esta función la pueden llevar a cabo, bien los fabricantes mismos, bien terceras empresas, que posteriormente quedan a cargo de la venta.

La demanda de hormigón prefabricado proviene fundamentalmente de clientes ocasionales y de grandes clientes.

Los clientes ocasionales suelen comprar pequeñas cantidades en fábrica, habiéndose extendido durante la última década la compra de prefabricados de hormigón modulados para la construcción de edificios, tanto para uso individual (casas y edificios residenciales) como para uso laboral y público (oficinas, colegios o polideportivos, entre otros).

Los grandes clientes de hormigón prefabricado suelen ser empresas de telefonía y electricidad, que convocan subastas para suministrarse de determinados productos de hormigón prefabricado.

TERCERO.- Delimitado de este modo el mercado afectado, y descrito su modo de funcionamiento, la CNMC relata los hechos que entiende acreditados.

Así, entiende 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 POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, ROMERO HORMELEC, ADHORNA PREFABRICACIÓN, PREPHOR, XEIXALVO, APLIHORSA, RUBIERA y BUPRE, durante los años 1985 a 2013 si bien advierte que no todas han

participado el mismo número de años y además existen diferencias de participación en función del producto de prefabricado de hormigón de que se trate. Por eso distingue:

Acuerdos e intercambios de información relativos a la venta de postes de hormigón prefabricados

A) *En el periodo 1985-2001 se producen contactos entre distintas empresas de prefabricados de hormigón las cuales acuerdan en relación con los postes de hormigón fijar precios y condiciones comerciales, intercambiar información comercial y repartirse el mercado.*

En ese momento, las empresas intervinientes son POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, POSTES NERVIÓN (luego será ADHORNA), ROMERO, HORMELEC, que tras su fusión en 1996 pasan a denominarse ROMERO HORMELEC y PREPHOR

Explica que en el año 1985, POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, POSTES NERVIÓN, ROMERO, PREPHOR y HORMELEC redactan un "Informe" en el que ya se plantean la posibilidad de llevar a cabo una relación entre los distintos productores de postes de hormigón, a sabiendas de su carácter ilícito que es completado con un "estudio de mercado", en el que se fijan cuotas, precios y condiciones de venta, y se recogen medios de actuación conjunta frente a otras empresas competidoras. Las empresas ceden información comercial sensible, como precios por tipo de producto para la elaboración de dicho informe. El estudio comienza el día 1 de julio de 1985 y "abarcará una duración de dos años y medio e implica que implica:

Las empresas acuerdan cuotas que no pueden ser superadas, fijar precios y condiciones de venta penalizando los incumplimientos, intercambiar información que será controlada y penalizar por ocultar piezas, listas de precios por tipo de producto, condiciones relativas al transporte: precio de transporte por viaje en función de las toneladas, y precios concretos para determinados clientes (folio 878).

Pesos de los postes (folio 879).

Condiciones generales de venta.

En el año 1988, dos nuevas empresas, XEIXALVO y APLIHORSA, se unen a POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, POSTES NERVIÓN, ROMERO, PREPHOR y HORMELEC, llegando a diversos acuerdos a través de numerosas reuniones periódicas. La participación de XEIXALVO en el acuerdo será, a partir de este año

Continúa relatando que:

Los acuerdos alcanzados en el periodo 1988 - 1994 se centran en la fijación de precios de los productos de hormigón prefabricado, la fijación de las condiciones comerciales y de los precios a cargar tanto en hormigón prefabricado para venta final como para almacenistas, así como en el establecimiento de un sistema de vigilancia del cumplimiento de los acuerdos.

Hay un primer acuerdo desde el 1 de mayo hasta el 31 de diciembre de 1990 en el que aparecen las cuotas de seis participantes identificados por los números 1 a 615.

El documento incluye lo siguiente: "S e acuerda establecer unas condiciones generales base que comprenderán: Tarifas mínimas, Modalidades de cobro y Precios mínimos de transporte" (folio 833), así como la fijación de cuotas de los participantes. Entre las "Condiciones Base" del acuerdo se encuentra lo siguiente: " Se procurará respetar los clientes tradicionales de cada participante y no se establecerá competencia agresiva para su desplazamiento" (folio 833).

En un documento de noviembre de 1988 se recoge un acuerdo entre POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, POSTES NERVIÓN, HORMELEC, PREPHOR, ROMERO, XEIXALVO y APLIHORSA (identificados por los números 1 a 7.) denominado " Normas de funcionamiento", que contiene acuerdos muy similares a los descritos (de 1985 y de 17 de mayo de 1988), así, establecer unas condiciones generales base que comprenderán tarifas mínimas, modalidades de cobro y precios mínimos de transporte" (folio 812), además de establecerse inspecciones periódicas (introduciéndose la realización de visitas "por sorpresa" y una ruta al efecto) (folio 814), penalizaciones y correcciones, y reparto de ofertas¹⁶ (folios 812 a 817). En el anexo a este acuerdo se fijan igualmente los precios (folio 819). También contiene previsiones similares a las de los acuerdos anteriores en relación con el tratamiento de morosos y la actuación frente a la competencia.

El 1 de octubre de 1993, POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, POSTES NERVIÓN, ROMERO, PREPHOR, HORMELEC, XEIXALVO y APLIHORSA, firman un documento denominado "BASES" en el que adoptan unos compromisos de limitar la producción, fijan los precios, intercambian datos de carácter sensible, y se establecen las bases de funcionamiento del acuerdo, al establecerse sistemas de vigilancia, entre otros.

Explica la resolución recurrida que a través de estos acuerdos, y durante este periodo, POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, POSTES NERVIÓN, ROMERO, PREPHOR, HORMELEC, XEIXALVO y APLIHORSA influyeron de manera directa y determinante en el mercado de postes de hormigón.

En 1995, de acuerdo con un documento encontrado en la sede de Zaragoza de POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN titulado "Acuerdos 1995", esta misma empresa, POSTES NERVIÓN, HORMELEC, PREPHOR, ROMERO, XEIXALVO y APLIHORSA llegaron a un nuevo acuerdo: " *Con el fin de regular debidamente la situación del Mercado Nacional del Poste de Hormigón (...) los Fabricantes presentes en éste acuerdo deciden y asumen voluntaria y obligatoriamente los siguientes puntos*".

La fecha de iniciación del acuerdo es el 1 de junio de 1995 y su duración se extiende " *hasta el 31 de Diciembre de 1998*". Se fijan cuotas (" *se acuerda establecer unas condiciones generales base que comprenderán: Tarifas Mínimas, Modalidades de cobro y Precios Mínimos de transporte*"), se establece el intercambio de información comercial sensible, y se acuerda llevar a cabo inspecciones que garanticen el cumplimiento de lo pactado, fijándose también penalizaciones en caso de incumplimiento y un sistema de compensaciones financiado con aportaciones al Fondo de Compensación. También se regulan las ofertas y se hace referencia al respeto a " *los clientes tradicionales de cada empresa*", al acuerdo de no suministrar a clientes morosos y a la necesidad de aprobar por unanimidad las actuaciones frente a la competencia que impliquen incumplir lo acordado.

El 22 de febrero de 1996 se firma un nuevo acuerdo, obtenido en la sede de Zaragoza de ROMERO HORMELEC, entre POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, POSTES NERVIÓN, HORMELEC, PREPHOR, ROMERO, XEIXALVO y APLIHORSA para regular el mercado, fijar los precios y establecer las condiciones de aplicación del sistema de correcciones.

En estos años, las actuaciones se amplían a las licitaciones de otras grandes empresas, tales como Unión Fenosa, Iberdrola o ERZ. Así, POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, POSTES NERVIÓN, ROMERO, PREPHOR, HORMELEC y XEIXALVO " *se intercambian listas de precios e información comercial sensible al objeto de organizarse para las diversas subastas que tienen lugar*".

Con fecha 16 de octubre de 2000, POSTELÉCTRICA, ADHORNA, POSTES NERVIÓN, ROMERO HORMELEC, PREPHOR, XEIXALVO y APLIHORSA28 acordaron, según un acta de reunión recabada en la sede de Zaragoza de ROMERO HORMELEC, el reparto de cuotas de clientes particulares e institucionales, fijaron las compensaciones a realizar, los precios a establecer y los descuentos máximos a aplicar. Igualmente, constan en dicho documento las fechas de cuatro reuniones anteriores (13 de julio, 27 de julio, 12 de septiembre y 28 de septiembre, todas en el año 2000).

En el año 2002 se rompen los acuerdos entre las diferentes empresas del sector de prefabricados de hormigón por las diferencias entre las " *cuotas acordadas y la realidad del mercado*" (folio 3187), pero se retoman poco después, en 2003.

B) En el año 2003 se reactivan los acuerdos entre distintas empresas del sector de prefabricados de hormigón relativos a la fijación de precios y condiciones comerciales y el reparto del mercado de postes de hormigón. Estos acuerdos e intercambios se prolongan hasta 2013.

En el "Acuerdo de Palencia 16 de Junio de 2003", del que formaron parte POSTELÉCTRICA, POSTES NERVIÓN, ROMERO HORMELEC, PREPHOR y XEIXALVO, hallado en papel en la sede de Zaragoza de ROMERO HORMELEC, se fijan las cuotas de las empresas, se ajustan los precios a cobrar, se reparten los clientes y se fijan las compensaciones (folios 737 a 740). El acuerdo fue posteriormente ampliado y pulido, lo que permitió incluir también una limitación de la producción de cada fabricante.

En el año 2004, las empresas se intercambian los datos sobre producción, ventas y precios del año, utilizando para ello unas plantillas que unificaban la información.

A partir del año 2005, los acuerdos se centran en los *intercambios de información destinados a la realización de subastas*. Aun así, continúan igualmente los intercambios de precios, condiciones comerciales, clientes, penalizaciones y compensaciones relativas a postes.

Las empresas prosiguen con sus reuniones periódicas durante 2005 a 2008 al objeto de fijar precios, compartir información comercial desagregada, incluyendo precios y unidades vendidas, y repartirse las subastas de grandes empresas.

A partir del año 2009, los acuerdos, que pasan de centrarse (años 1985 a 2008) en la fijación de precios, fijación de las condiciones de cobro, penalizaciones y reparto de cuotas, para hacerlo en el reparto de las subastas realizadas por la empresa Telefónica y en limitar el número de empresas participantes en los repartos.



En relación con el reparto de subastas de clientes institucionales, el día 2 de julio de 201052 ROMERO HORMELEC da instrucciones similares a las dadas en el año anterior para pujar en la próxima subasta de Telefónica (folios 2483 a 2493).

El año 2011 continúan las reuniones y acuerdos entre todas las empresas. Destacan, igual que ocurría en el año 2010, los acuerdos relativos a las pujas para Telefónica, para lo cual POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, ADHORNA, ROMERO HORMELEC, PREPHOR, XEIXALVO y APLIHORSA se envían correos con diferentes instrucciones. Además, las reuniones periódicas entre empresas continúan celebrándose con regularidad.

Hasta aquí relata la resolución recurrida la participación de POSTES XEIXALVO en las conductas descritas.

CUARTO.- Expuestos, de modo resumido, los hechos que la resolución impugnada considera probados en lo relativo a POSTES XEIXALVO y que reflejan la supuesta operativa de funcionamiento de las entidades sancionadas, en su fundamentación jurídica califica tales hechos como constitutivos de una infracción única y continuada, de naturaleza compleja prohibida en el artículo 1 de la Ley 16/1989, 1 de la Ley 15/2007 consistente en acuerdos de fijación de precios, intercambio de información comercial sensible, el reparto de subastas de varias empresas, así como el reparto del mercado relativo a varios productos de prefabricado de hormigón, tales como los postes, tapas, cámaras y arquetas por parte de las empresas sancionadas entre 1985 y 2013.

En el caso de POSTES XEIXALVO S.L, la imputación obedece a su participación en una infracción única y continuada consistente en:

Acuerdo de fijación de precios de postes de hormigón, a través de las reuniones periódicas mantenidas desde, al menos, 1988, y hasta 2011, 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 de hormigón, a través de las reuniones periódicas mantenidas desde, al menos, 1988, y hasta 2011, 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 de hormigón desde, al menos, 1993, y hasta 2011, 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 de hormigón desde, al menos, 1988, y hasta 2011, como coautora de los hechos por las actuaciones de centralización, coordinación y difusión de información entre las demás empresas participantes.

QUINTO.- En su demanda, la parte recurrente plantea tres motivos impugnatorios.

En primer lugar, la utilización de una denuncia anónima para incoar el procedimiento sancionador vulnerando lo dispuesto en el art. 25.1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia y art. 11 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora que exigen la identificación del denunciante y cita en apoyo de su tesis la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2013.

En segundo lugar, denuncia que la CNMC le denegó la prueba consistente en que se requiriese a sus clientes para que estos confirmasen que no se les había aplicado reducciones sustanciales de precio en 2004 como medida dirigida a dañar en particular a APLIHORSA.

Explica que aun tratándose de restricciones por objeto la autoridad de competencia debe probar la contribución de cada empresa a la causación de los efectos anticompetitivos a la hora de cuantificar e individualizar las sanciones. En su caso, no se ha acreditado la ejecución de los supuestos pactos anticompetitivos ni su impacto en la competencia y tampoco la aplicación de medidas represivas a la entidad APLIHORSA. En la medida en que la supuesta represalia parece haber sido integrada como parte de la infracción la denegación injustificada de dicha prueba debe valorarse de cara a minorar la sanción.

Finalmente, alega la ilegalidad de la sanción por haber aplicado la CNMC en su concreción la denominada Comunicación de Multas de 6 de febrero de 2009 que el Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de enero de 2015, rec. 2872/2013, declaró contraria a derecho.

SEXTO. - Como se deduce del escrito de demanda, la parte recurrente no cuestiona el relato de hechos de la resolución sancionadora, la participación que en ellos tiene POSTES XEIXALVO ni tampoco la calificación jurídica de su conducta.

Entiende, sin embargo, que la resolución sancionadora es nula porque la actuación inspectora se ha basado en una denuncia anónima.

El art. 25 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia dice que:

1. El procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio por la Dirección de Investigación:

a) Por propia iniciativa, tras haber tenido conocimiento directo o indirecto de las conductas susceptibles de constituir infracción

b) A iniciativa del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

c) Por denuncia, con el contenido indicado en el apartado siguiente.

2. La denuncia dirigida a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia deberá contener, como mínimo, la siguiente información pudiendo el denunciante aportar los datos e información adicionales recogidos en el anexo I del presente Reglamento:

a) Nombre o razón social, domicilio, teléfono y número de fax del/de los denunciante/s y, en el caso de que éstos actúen por medio de representante, acreditación de la representación y domicilio a efectos de notificaciones.

b) Nombre o razón social, domicilio y, en su caso, número de teléfono y de fax o cualquier otro medio electrónico pertinente de los denunciados.

c) Hechos de los que se deriva la existencia de una infracción y pruebas, en su caso, de los mismos, así como definición y estructura del mercado relevante.

d) En su caso, justificación de los intereses legítimos de acuerdo con el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para ser considerado interesado en el eventual expediente sancionador.

3. Si la denuncia no reuniera los requisitos establecidos en el apartado 2 se requerirá al denunciante para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o aporte la documentación requerida, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de la denuncia.

4. El desistimiento del denunciante no impediría a la Dirección de Investigación realizar de oficio todas aquellas actuaciones que considerase necesarias.

5. La formulación en forma de una denuncia no vincula a la Dirección de Investigación para iniciar el procedimiento sancionador. El acuerdo de no iniciación del procedimiento del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, deberá comunicarse al denunciante, indicando los motivos por los que no procede la iniciación del procedimiento de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 15/2007, de 3 de julio."

Como vemos, el procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio, a través de tres vías:

a) Por propia iniciativa, tras haber tenido conocimiento directo o indirecto de las conductas susceptibles de constituir infracción

b) A iniciativa del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

c) Por denuncia, con el contenido indicado en el apartado siguiente.

La entidad recurrente tendría razón si el procedimiento sancionador se hubiera iniciado por denuncia, pues en ese caso, el precepto exige, como hemos visto, no solo la identificación precisa del o los denunciante/s sino una descripción de los hechos que se denuncian, pruebas que los acrediten, definición y estructura del mercado relevante y justificación del interés legítimo para intervenir en el procedimiento sancionador.

Lo que sucede es que, en éste caso, el procedimiento se inició por iniciativa de la CNMC tras adquirir conocimiento de las supuestas conductas infractoras a la vista de la documentación aportada por un denunciante anónimo que se describe en el expediente.

Con el fin de verificar si de la denuncia y documentación aportada se deducía la existencia de prácticas restrictivas de la competencia, la Dirección de Investigación acordó abrir una información reservada, al amparo del art. 49.2 de la Ley 15/2007 en cuanto establece que:

"2. Ante la noticia de la posible existencia de una infracción, la Dirección de Investigación podrá realizar una información reservada, incluso con investigación domiciliaria de las empresas implicadas, con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador."

Esto es lo que hizo la Dirección de Investigación y prueba de ello es que a la vista, entre otros documentos, del correo de ROMERO HORMELEC de 3 de mayo de 2012 (folio 59 del expediente) se acordó mediante Orden de 4 de junio de 2013, inspeccionar la sede de dicha empresa por tener indicios de que *"habría podido incurrir en prácticas anticompetitivas en el mercado de la fabricación y venta de prefabricados de hormigón, consistentes en un posible acuerdo y/o práctica concertada con otros fabricantes para la fijación de precios y otras condiciones comerciales en la distribución y venta de sus productos."*

Es ya, a raíz de la información obtenida en las inspecciones realizadas los días 11 y 12 de junio de 2013, en las sedes de las empresas POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN S.A. (sede de Madrid, folios 1533 a 1555, y sede de Palencia, folios 1533 a 1555), ROMERO HORMELEC S.A. (sede de Madrid, folios 71 a 82, y sede de Zaragoza, folios 315 a 350) y ADHORNA PREFABRICACIÓN S.A. (folios 1148 a 1167), cuando se decide incoar el procedimiento sancionador.

La actuación de la CNMC se ha acomodado, no solo a lo dispuesto en la Ley de Defensa de la Competencia y su reglamento sino a la propia jurisprudencia que cita la actora.

La sentencia de la Sala de Penal del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2013, rec. 1098/2012, tras hacer un repaso por los textos legales históricos y prevenir acerca de los riesgos de la denuncia anónima advierte, no obstante que:

"la lógica prevención frente a la denuncia anónima no puede llevarnos a conclusiones contrarias al significado mismo de la fase de investigación. Se olvidaría con ello que el art. 308 de la LECrim referido al sumario ordinario, obliga a la práctica de las primeras diligencias «inmediatamente que los Jueces de instrucción (...) tuvieran conocimiento de la perpetración de un delito». Es indudable que ese conocimiento puede serle proporcionado por una denuncia en la que no consta la identidad del denunciante. Cuestión distinta es que ese carácter anónimo de la denuncia refuerce el deber del Juez instructor de realizar un examen anticipado, provisional y, por tanto, en el plano puramente indiciario, de la verosimilitud de los hechos delictivos puestos en su conocimiento. Ante cualquier denuncia -sea anónima o no- el Juez instructor puede acordar su archivo inmediato si el hecho denunciado "...no revistiere carácter de delito" o cuando la denuncia "...fuera manifiestamente falsa" (art. 269 LECrim). Nuestro sistema no conoce, por tanto, un mecanismo jurídico que habilite formalmente la denuncia anónima como vehículo de incoación del proceso"

La sentencia continúa diciendo:

"la información confidencial, aquella cuyo transmitente no está necesariamente identificado, debe ser objeto de un juicio de ponderación reforzado, en el que su destinatario valore su verosimilitud, credibilidad y suficiencia para la incoación del proceso penal. Un sistema que rindiera culto a la delación y que asociara cualquier denuncia anónima a la obligación de incoar un proceso penal, estaría alentado la negativa erosión, no sólo de los valores de la convivencia, sino el círculo de los derechos fundamentales de cualquier ciudadano frente a la capacidad de los poderes públicos para investigarle. Pero nada de ello impide que esa información, una vez valorada su integridad y analizada de forma reforzada su congruencia argumental y la verosimilitud de los datos que se suministran, pueda hacer surgir en el Juez, el Fiscal o en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el deber de investigar aquellos hechos con apariencia delictiva de los que tengan conocimiento por razón de su cargo."

Por lo demás, la sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2020, rec. 2062/2018, valida la denuncia anónima como *notitia criminis* que obliga a investigar a fin de confirmar lo que en ella se dice.

En definitiva, el procedimiento sancionador no se inició por la denuncia anónima, por tanto, no puede determinar la nulidad de la resolución impugnada y procede desestimar este primer motivo impugnatorio.

SÉPTIMO.- De nuncia en segundo lugar la parte recurrente que la CNMC le denegó la prueba consistente en que se requiriese a sus clientes para que estos confirmasen que no se les habían aplicado reducciones sustanciales de precio en 2004 como medida dirigida a dañar en particular a APLIHORSA.

Explica que aun tratándose de restricciones por objeto la autoridad de competencia debe probar la contribución de cada empresa a la causación de los efectos anticompetitivos a la hora de cuantificar e individualizar las sanciones. En su caso, no se ha acreditado la ejecución de los supuestos pactos anticompetitivos ni su impacto en la competencia y tampoco la aplicación de medidas represivas a la entidad APLIHORSA. En la medida en que la supuesta represalia parece haber sido integrada como parte de la infracción la denegación injustificada de dicha prueba debe valorarse de cara a minorar la sanción.

En realidad, la motivación de la cuantificación de la sanción no contempla esa circunstancia y por otra parte, la afectación del mercado se encuentra acreditada pues, como indica la resolución impugnada, las empresas sancionadas controlaban en la fecha de los hechos el 60% del mercado de fabricación de postes de hormigón



en España y además, representan la mayor parte de las empresas homologadas en España, requisito exigido por los grandes clientes institucionales, tal como declaró XEIXALVO (folios 5623 a 5624).

Por otra parte, la actora no discute los hechos y como explica la resolución recurrida, las propias actas de las reuniones y documentos que describen el funcionamiento de los acuerdos muestran que, a pesar de los incumplimientos puntuales y las dificultades, hubo seguimiento de lo acordado, remitiéndose ofertas pactadas y adjudicándose concursos en el orden establecido, aplicándose precios acordados e intercambiándose información comercial que condicionó la actuación independiente de empresas competidoras. Asimismo, se ha acreditado que se pusieron en práctica las compensaciones a quienes rebasaron sus cuotas (entre otros, folios 2962-2965, 3250, 3263, 3809, 3751).

Por lo tanto, acreditada la afectación en el mercado afectado por las conductas descritas más arriba, la testifical pretendida resultaba irrelevante.

OCTAVO.- Finalmente la recurrente discute la cuantificación de la sanción.

Argumenta que al no concurrir circunstancias agravantes ese dato debe considerarse de cara a cuantificar la sanción en su grado mínimo. Destaca además, que su participación ha sido de menor intensidad que la de otras sancionadas pues la duración de su participación ha sido 5 años inferior a la de las demás, el ámbito geográfico de su actividad limitado al área de Galicia y León, la limitación al ámbito de los postes y no a los otros tres productos afectados, la ausencia de aplicación de los acuerdos a sus clientes, la ausencia de adopción de medidas de seguimiento o represalia y la limitada facturación en postes (522.000 euros en el último ejercicio).

A lo anterior, añade su difícil situación económica pues dice que la cifra de facturación ha caído en los últimos tres ejercicios desde los 6 millones generados en 2011 hasta los 2,4 millones generados en 2013 lo que provocó un ERE y la extinción de 11 puestos de trabajo de la plantilla.

La resolución explica que la sanción se ha fijado atendiendo al volumen de negocios correspondiente a los segmentos afectados del mercado de fabricación y venta de prefabricados de hormigón aplicando el coeficiente reductor en función de duración previsto en el párrafo 15 de la Comunicación y precisamente al haberse impuesto sobre la base de la Comunicación de 6 de febrero de 2009, debe estimarse el recurso en este punto a fin de que por la CNMC se dicte una nueva resolución sancionadora adecuando la motivación y cuantificación de la sanción a los parámetros expuestos por el Tribunal Supremo en la STS de 29 de enero de 2015, rec. 2872/2013, reiterados, entre otras, en la sentencia de 30 de septiembre de 2015 rec. 496/2013 y, sin que, en ningún caso, pueda resultar un importe superior al de la multa (238.731 euros) que ahora se anula.

Procede, en consecuencia, la estimación parcial del recurso y la anulación de la resolución recurrida.

NOVENO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA no procede imponer las costas a ninguna de las partes, dada la estimación parcial del recurso.

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

FALLAMOS

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso interpuesto por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de **POSTES XEIXALVO S.L.** contra la resolución de 15 de junio de 2015, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 238.731 €. por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, resolución que anulamos por ser contraria a derecho en el único particular relativo a la determinación de la cuantía de la multa; disponiendo se remitan las actuaciones a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia a fin de que dicte otra en la cual fije su importe en atención a los criterios legales de graduación debidamente motivados y por aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 17/2007, de Defensa de la Competencia, de conformidad con los criterios expuestos en la STS de 29 de enero de 2015, rec. 2872/2013.

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