

## **RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA**

**Expte. VS/0473/13 POSTES DE HORMIGÓN**

### **CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA**

#### **Presidente**

D<sup>a</sup>. Cani Fernández Vicién

#### **Consejeros**

D<sup>a</sup>. María Ortiz Aguilar

D<sup>a</sup>. María Pilar Canedo Arrillaga

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

#### **Secretario del Consejo**

D. Miguel Bordiu García – Ovies

En Madrid, 19 de enero de 2022

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición señalada, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente VS/0473/13 POSTES DE HORMIGÓN cuyo objeto es la ejecución de las sentencias de la Audiencia Nacional 19 de mayo de 2020 por las que se estiman parcialmente los recursos interpuestos por las empresas APLICACIONES DEL HORMIGON, S.A. (APLIHORSA), BUPRE, S.L. (BUPRE), POSTES XEIXALVO, S.L. (POSTES XEIXALVO), PREFABRICADOS Y POSTES DE HORMIGON, S.A. (PREFABRICADOS) y ROMERO HORMELEC, S.A. (ROMERO HORMELEC) contra con la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 20 de enero de 2015 (Expediente S/0473/13 POSTES DE HORMIGÓN).

## ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por resolución de 21 de enero de 2015, el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC), en el expediente de referencia, acordó:

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

(...)

ROMERO HORMELEC, S.A.: 160.645 euros

(...)

PREFABRICADOS Y POSTES DE HORMIGÓN S.A.: 441.826 euros

POSTES XEIXALVO S.L.: 238.731 euros

APLICACIONES DEL HORMIGÓN S.A.: 178.844 euros

(...)

BUPRE, S.L.: 176.984 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.*

2. Con fechas 22 de enero de 2015 les fue notificada a las interesadas la citada resolución contra la que interpusieron recursos contencioso-administrativos.
3. Mediante Sentencias de 19 de mayo de 2020, firmes, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó parcialmente los recursos interpuestos por APLIHORSA (P.O.163/2015), BUPRE (P.O.160/2015), POSTES XEIXALVO (P.O.158/2015), PREFABRICADOS (P.O.156/2015) y ROMERO HORMELEC (P.O.166/2015) contra la resolución de 21 de enero de 2015, anulando ésta en cuanto a la cuantificación de la multa, y ordenando a la CNMC realizar un nuevo cálculo de la multa.
4. La Sala de Competencia aprobó esta resolución en su sesión del 19 de enero de 2022.

## FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

### PRIMERO. - **Habilitación competencial**

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la CNMC compete *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de *“resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”* y según el artículo 14.1.a) del Estatuto orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, *“la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

## **SEGUNDO. Sobre la ejecución de sentencias de la Audiencia Nacional**

Según establece el artículo 104 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Administración que hubiera realizado la actividad objeto del recurso deberá llevar a puro y debido efecto las sentencias firmes, practicando lo que exige el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo.

Tal y como se ha recogido en los antecedentes, la resolución del Consejo de la CNMC de 20 de enero de 2015 declaró acreditada una infracción única y continuada, de naturaleza compleja, en el mercado de fabricación y venta de prefabricados de hormigón, prohibida en el artículo 1 de la LDC, e impuso a APLIHORSA, BUPRE, POSTES XEIXALVO, PREFABRICADOS y ROMERO HORMELEC las siguientes multas:

- APLIHORSA una multa de 178.844 euros
- BUPRE una multa de 176.984 euros.
- POSTES XEIXALVO una multa de 238.731 euros.
- PREFABRICADOS: 441.826 euros
- ROMERO HORMELEC: 160.645 euros

No obstante, las sentencias de la Audiencia Nacional, todas ellas de fecha 19 de mayo de 2020, anulan parcialmente la resolución de 20 de enero de 2015 del Consejo de la CNMC en el único particular relativo a la determinación de la cuantía de la multa, disponiendo se remitan las actuaciones a la CNMC 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.

Más en concreto, la sentencia dictada en el recurso interpuesto por ROMERO HORMELEC (P.O.166/2015) determina lo siguiente:

*SÉPTIMO.- Procede entonces la estimación parcial del recurso y 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 la 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 y teniendo en cuenta que la participación de ROMERO HORMELEC SA en la infracción única y continuada de naturaleza compleja que se le imputa ha de quedar circunscrita a los acuerdos de fijación de precios, de intercambios de información comercial sensible y, en particular sobre datos de clientes y acuerdos de repartos de subastas de las empresas Telefónica, Unión Fenosa, Iberdrola e Hidroeléctrica del Cantábrico en relación con postes de hormigón”.*

## **TERCERO. Sobre la determinación de la sanción**

### **3.1. Hechos probados y determinación de la sanción en la resolución de 20 de enero de 2015**

Para la ejecución de las sentencias de la Audiencia Nacional y la determinación de la nueva multa correspondiente a APLIHORSA, BUPRE, POSTES XEIXALVO, PREFABRICADOS y ROMERO HORMELEC es necesario partir de los hechos acreditados que se les imputan a estas entidades en la resolución de 20 de enero de 2015 y que han sido corroborados, con carácter firme, por la Audiencia Nacional.

En este contexto, y sin perjuicio de hacer íntegra remisión a los hechos probados y fundamentación jurídica de la resolución sancionadora (confirmada por la sentencias que ahora se ejecutan), cabe señalar que, tal y como se determina en el Resuelve Segundo de la resolución de 20 de enero de 2015, la participación de cada empresa en la infracción fue la que se indica a continuación:

- APLIHORSA, por su participación en el acuerdo de fijación de precios, el acuerdo de intercambio de información comercial sensible, acuerdo de reparto de subastas de las empresas de Telefónica y el acuerdo de reparto de mercado, de postes de hormigón desde, al menos, 2009, y hasta 2011.
- BUPRE, por su participación en el acuerdo de fijación de precios, el acuerdo de intercambio de información comercial sensible y el acuerdo de reparto de subastas, de tapas y arquetas de hormigón durante, al menos, 2011 y 2012.

- POSTES XEIXALVO, por su participación en el acuerdo de fijación de precios, el acuerdo de intercambio de información sensible y el acuerdo de reparto de mercado de postes de hormigón, a través de las reuniones periódicas mantenidas desde, al menos, 1988, y hasta 2011 y el 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.
- PREFABRICADOS el acuerdo de fijación de precios, el acuerdo de intercambio de información sensible y el acuerdo de reparto de mercado de postes de hormigón, de postes de hormigón, a través de las reuniones periódicas mantenidas desde, al menos, 1985, y hasta julio de 2013 y el 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 julio de 2013.
- ROMERO HORMELEC, por su participación en el acuerdo de fijación de precios, el acuerdo de intercambio de información sensible y el acuerdo de reparto de mercado de postes de hormigón, de postes de hormigón, a través de las reuniones periódicas mantenidas desde, al menos, 1985, y hasta julio de 2013, y el 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 julio de 2013.

Las sentencias que ahora se ejecutan obligan a reconsiderar el proceso de determinación de la sanción.

La resolución de 20 de enero de 2015 sancionó a APLIHORSA, BUPRE, POSTES XEIXALVO, PREFABRICADOS y ROMERO HORMELEC, y determinó las correspondientes multas sobre la base de los criterios siguientes (vid. especialmente Fundamento de Derecho Séptimo):

- **Importe básico de la sanción (IBS):** el Consejo de la CNC fijó un importe básico de la sanción determinado por la aplicación de un 10% sobre el volumen de ventas afectado ponderado por el tiempo acreditado para cada empresa<sup>1</sup>. Así el importe básico de la sanción calculado para APLIHORSA fue de 363.645 euros, para BUPRE de 351.109 euros, POSTES XEIXALVO de 238.731 euros, PREFABRICADOS de 441.826 euros y ROMERO HORMELEC de 732.775 euros.

---

<sup>1</sup> Según lo establecido en el párrafo 15 de la Comunicación de Multas de febrero de 2009.

- **Límite del 10%:** como el importe básico de APLIHORSA, BUPRE y ROMERO HORMELEC era superior al límite del 10% de los respectivos volúmenes de negocios totales (VNT) correspondientes al año 2013<sup>2</sup>, el Consejo fijó las multas finales para estas tres empresas recalculadas ajustándolas a ese límite máximo, APLIHORSA (178.844 euros), a BUPRE (176.984 euros) y a ROMERO HORMELEC (160.645 euros).

La tabla siguiente recoge el IBS, VNT, límite legal y sanción impuesta a cada empresa:

Empresa	Importe básico de la sanción (€)	VN total 2013 (€)	Límite 10% (€)	Sanción impuesta (€)
APLIHORSA	363.645	1.788.447	178.844	178.844
BUPRE	351.109	1.769.847	176.984	176.984
POSTES XEIXALVO	238.731	2.431.978	243.197	238.731
PREFABRICADOS	441.826	4.654.346	465.434	441.826
ROMERO HORMELEC	732.775	1.606.457	160.645	160.645

### 3.2. Criterios expuestos por la Audiencia Nacional

De acuerdo con los razonamientos jurídicos expuestos por la Audiencia Nacional en sus sentencias, la determinación de la sanción deberá adecuarse a la doctrina iniciada por la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015. Respecto de dicha doctrina, cabe destacar, con carácter general, los siguientes aspectos:

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

<sup>2</sup> Al ser la resolución de enero de 2015, se tomó como volumen total de mercado el del año 2013 y no el del año 2014.

*referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones.”*

- En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, que en este caso podría llegar hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC se refiere al *“volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”*, concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, *“lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al “todo” de aquel volumen”*.

Sobre la base de estas premisas ha de concluirse que la nueva determinación de la sanción deberá concretarse en un arco que discurre del cero al 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio anterior al de dictarse resolución. Dentro de dicho arco sancionador, la multa deberá determinarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la Ley 15/2007.

### **3.3. Criterios para la determinación de la sanción**

La infracción de la que son responsables APLIHORSA, BUPRE, POSTES XEIXALVO, PREFABRICADOS y ROMERO HORMELEC, en virtud de la resolución de 20 de enero de 2015, es una infracción muy grave (art. 62.4.b LDC) y, por tanto, susceptible de ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c LDC).

A efectos de la nueva cuantificación de la multa, será necesario conocer los datos del volumen de negocios total (VNT) correspondiente al año anterior al de la imposición de la multa anulada y el volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA) de APLIHORSA, BUPRE, POSTES XEIXALVO, PREFABRICADOS y ROMERO HORMELEC. Según consta en el Registro Mercantil el VNT en 2014 de APLIHORSA ascendía a 3.466.941 euros, el de BUPRE era 5.106.785,63 euros, el de POSTES XEIXALVO era 3.126.642,93 euros, el de PREFABRICADOS 2.616.374,94 euros y el de ROMERO HORMELEC 1.258.076,84 euros.

El porcentaje sancionador a aplicar en el presente expediente debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la resolución de 20 de enero de 2015, siguiendo los criterios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En este caso, según lo ya señalado, el mercado afectado por la infracción ha quedado definido como el mercado de fabricación y venta de prefabricados de hormigón (art. 64.1.a). En particular, dentro del citado mercado, la conducta afecta, con carácter

general, a cuatro productos diferentes: postes de hormigón, arquetas, tapas y cámaras.

En cuanto a la dimensión del mercado afectado por la infracción (art. 64.1.a), se ha tenido en cuenta para las infractoras objeto de esta resolución el volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA) de cada una durante los años en los que participó en la conducta.

En el caso de ROMERO HORMELEC, para calcular su VNMA durante la infracción se ha atendido a lo indicado en el ya citado Fundamento de Derecho 7º de la citada sentencia de 19 de mayo de dictada en el recurso interpuesto por esta empresa (P.O.166/2015), donde se dice que la infracción que se le imputa ha de quedar circunscrita a las conductas “*en relación con postes de hormigón*”. Teniendo en cuenta que la propia demandante argumenta en su recurso (y apoya con un informe pericial) que entre 2009 y 2013 “*no fabricaba ni cámaras, ni arquetas ni tapas*”, y que en la respuesta al requerimiento de información la empresa solo aportó los datos de facturación precisamente de 2009 a 2013 (para el resto de la duración de la infracción la facturación se estimó a partir de la cifra menor del período aportado, que fue la de 2013), debemos concluir que la cifra utilizada en la resolución original (47.291.655 euros) solo refleja la facturación de postes de hormigón, por lo que esa es la cifra que debe ser utilizada como VNMA de la recurrente durante la infracción a efectos del recálculo de la sanción.

Las conductas anticompetitivas se mantuvieron de forma ininterrumpida a lo largo del tiempo desde 1985 a 2013 (art. 64.1.d), sin perjuicio de la duración individual de las conductas, confirmadas por las sentencias firmes de la Audiencia Nacional, a las que nos hemos referido en el apartado 3.1 de esta resolución.

La tabla siguiente resume tanto la duración de la infracción como el VNMA durante la infracción correspondientes a las empresas cuya sanción es ahora objeto de recálculo:

Empresa	Duración de la infracción	VNMA durante la infracción (€)
APLIHORSA	Desde 2009 hasta 2011 (3 años)	5.253.196
BUPRE	2011 y 2012 (2 años)	4.343.179
POSTES XEIXALVO	Desde 1988 hasta 2011 (24 años)	7.652.442
PREFABRICADOS	Desde 1985 hasta 2013 (29 años)	22.262.081
ROMERO HORMELEC	Desde 1985 hasta 2013 (29 años)	47.291.655

En cuanto al alcance geográfico se refiere (art. 64.1.c), respecto a los productos prefabricados de hormigón, la resolución original consideró que el mercado era de



ámbito nacional.

También se ha tenido en cuenta el carácter secreto de los acuerdos, el uso de códigos numéricos para identificar a las empresas, la negativa de otras empresas a participar en las conductas, la adopción de medidas en caso de incumplimiento y el uso de instrumentos jurídicos como la UTE para alcanzar los objetivos ilícitos.

Por último, no se han acreditado circunstancias atenuantes ni agravantes.

Siguiendo la precitada doctrina del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado, duración de la conducta, no concurrencia de atenuantes o agravantes– permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 10% del volumen total de negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta infractora.

Sobre tales premisas, el tipo sancionador que corresponde aplicar a las empresas de acuerdo con la gravedad y circunstancias de la conducta es el que se muestra en la tabla siguiente:

<b>Empresa</b>	<b>Tipo sancionador (% del VNT)</b>
APLIHORSA	6,3%
BUPRE	6,3%
POSTES XEIXALVO	6,5%
PREFABRICADOS	7,4%
ROMERO HORMELEC	9,0%

El Tribunal Supremo insiste en la necesaria proporcionalidad que debe guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, y para ello es preciso determinar *“la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados”*.

Para realizar esta última comprobación de proporcionalidad es necesario realizar una estimación, bajo supuestos muy prudentes, del beneficio ilícito potencial que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta, y aplicarle un factor incremental de disuasión.

En este expediente las sanciones que les corresponden a las empresas infractoras de acuerdo con el tipo sancionador que refleja la valoración de su conducta durante la infracción son inferiores al valor de referencia de proporcionalidad estimado para

ellas, por lo que no es necesario realizar ajuste alguno en las sanciones monetarias que se derivan de los tipos sancionadores de la tabla anterior.

La tabla siguiente muestra las sanciones que procedería imponer a las empresas objeto de esta resolución:

<b>Empresa</b>	<b>Sanción (€)</b>
APLIHORSA	218.417
BUPRE	321.727
POSTES XEIXALVO	203.232
PREFABRICADOS	193.612
ROMERO HORMELEC	113.227

Sin embargo, en el caso de APLIHORSA Y BUPRE, las sanciones propuestas, de 218.417 euros y 321.727 euros respectivamente, resultan superiores a las multas impuestas en la Resolución sancionadora original, que ascendieron a 178.844 y 176.984 euros respectivamente. En aplicación del principio que prohíbe la *reformatio in peius*, deben imponerse a estas dos empresas las multas de la Resolución original.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la CNMC en Sala de Competencia

## **HA RESUELTO**

**ÚNICO.** - Imponer, en ejecución de las Sentencias de la Audiencia Nacional, y en sustitución de las inicialmente impuestas la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 20 de enero de 2015 (Expte. S/0473/13 POSTES DE HORMIGÓN), las siguientes multas a las siguientes compañías:

- APLICACIONES DEL HORMIGÓN, S.A.: 178.844 euros
- BUPRE, S.L.: 176.984 euros

- POSTES XEIXALVO, S.L.: 203.232 euros
- PREFABRICADOS Y POSTES DE HORMIGÓN, S.A.: 193.612 euros
- ROMERO HORMELEC, S.A.: 113.227 euros

Comuníquese esta resolución a la Audiencia Nacional y a la Dirección de Competencia, y notifíquese a la parte interesada haciéndole saber que la misma ha sido dictada en ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 104 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y que contra ella pueden promover incidente de ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 109 de la citada Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y, sin perjuicio de la posibilidad de interponer recurso contencioso administrativo ordinario, en el plazo de dos meses desde el día siguiente al de notificación de la resolución.