

RESOLUCIÓN
(Expte. S/0473/13 POSTES DE HORMIGÓN)

SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz
D. Benigno Valdés Díaz
D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 15 de enero de 2015

La Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, ha dictado esta Resolución en el expediente S/0473/13 POSTES DE HORMIGÓN, incoado por la extinta Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Competencia, contra varias empresas por supuesta infracción del artículo 1 de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

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 (folio 1).

A la vista de dicha información, la Dirección de Investigación, en el marco de lo establecido en el apartado 2 del artículo 49 LDC, inició una información reservada

con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de expediente sancionador.

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. (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).

Tras analizar la información obtenida en las inspecciones domiciliarias, la Dirección de Investigación consideró que de ella se desprendían indicios racionales de la comisión de una infracción de la LDC, por lo que con fecha 4 de julio de 2013 se 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.

Con fecha 8 de julio de 2013, se procedió a subsanar errores del Acuerdo de Incoación, al observarse que la empresa POSTES NERVIÓN, S.A. forma parte desde el año 2008 de ADHORNA PREFABRICACIÓN S.A., y que la empresa ROMERO HORMELEC S.A. resultó a su vez de la fusión de POSTES ROMERO S.A. y HORMIGÓN Y ELECTRICIDAD, S.A. Así, se entienden las actuaciones con ADHORNA PREFABRICACIÓN S.A., como responsable tanto de sus propias actuaciones como de las anteriores llevadas a cabo por POSTES NERVIÓN S.A., y con ROMERO HORMELEC S.A., como responsable tanto de sus propias actuaciones como de las anteriores llevadas a cabo por POSTES ROMERO S.A., y HORMIGÓN Y ELECTRICIDAD, S.A.

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 PREDIS A S.L., por la existencia de indicios racionales de que las supuestas prácticas anticompetitivas que motivaron la incoación del expediente de referencia también pudieron ser efectuadas por las mismas (folios 4839 a 4848 y 4873 a 4875).

Tras llevar a cabo los actos de instrucción necesarios para la determinación de los hechos constitutivos de infracción y la imputabilidad de la responsabilidad a las empresas incoadas, la DC elaboró, de conformidad con el artículo 50.3 de la LDC, el Pliego de Concreción de Hechos (PCH), notificándolo a las partes entre los días 24 y 25 de abril de 2014, a los efectos de que pudieran alegar cuanto estimasen conveniente, y propusieran las pruebas que considerasen pertinentes.

Presentaron alegaciones al PCH 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 PREDIS A S.L., BUPRE S.L. y ELEMENTOS DE SUJECCIÓN GALVANIZADOS, S.L.

Con fecha 20 de junio de 2014, de acuerdo con lo previsto en el artículo 33.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia (aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero), se procedió al cierre de la fase de instrucción en el expediente de referencia, con el fin de redactar la propuesta de resolución prevista en el artículo 50.4 de la LDC.

La propuesta de resolución fue firmada por el Director de Competencia el 24 de junio de 2014, y se notificó debidamente a las partes para que, de conformidad con el artículo 50.4 de la LDC, presentaran las alegaciones que estimasen convenientes.

La propuesta de resolución fue elevada a esta Sala con fecha 22 de julio de 2014, conteniendo una propuesta de sanción por infracción del artículo 1 de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia (Ley 110/1963), del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989) y del artículo 1 de la LDC (folio 8193).

En la citada Propuesta de Resolución, además de subsanar varios errores se declara no imputada a la entidad ELEMENTOS DE SUJECCIÓN GALVANIZADOS, S.L., por considerar que su imputación se ha debido a un error en la atribución de conductas anticompetitivas (página 131, apartado 155, folio 8324 de la Propuesta de Resolución).

Han presentado alegaciones a la Propuesta de Resolución 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 PREDIS A S.L., BUPRE S.L., conteniendo alguno de los escritos una solicitud de práctica de prueba, así como la petición de declaración de confidencialidad de parte de la información contenida en los mismos.

Mediante acuerdo de fecha 27 de noviembre de 2014, se requiere nuevamente a las empresas para que amplíen la información relativa al volumen de negocios y al mercado afectado (folios 8388 a 8391), 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 (folio 8507).

Son interesados en este procedimiento:

POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, S.A.

ROMERO HORMELEC, S.A.

ADHORNA PREFABRICACIÓN, S.A.

PREFABRICADOS Y POSTES DE HORMIGÓN S.A.

POSTES XEIXALVO S.L.

APLICACIONES DEL HORMIGÓN S.A.

RUBIERA PREDIS A S.L.

BUPRE, S.L.

ELEMENTOS DE SUJECIÓN GALVANIZADOS, S.L.

HECHOS ACREDITADOS

Las conductas objeto de este expediente han sido valoradas por esta Sala partiendo de los hechos acreditados estimados por la Dirección de Competencia a partir de la instrucción que inició y llevó a cabo la extinta Dirección de Investigación y, posteriormente, la Dirección de Competencia.

LAS PARTES

Son partes interesadas en el presente procedimiento, las siguientes:

ADHORNA PREFABRICACIÓN S.A. (ADHORNA)¹

ADHORNA es una empresa surgida en el año 2008 de la fusión de POSTES NERVIÓN S.A. y PLACAMARDA S.A., con domicilio social en Vizcaya. Su matriz es ELECNOR S.A., una empresa centrada en el sector eléctrico (líneas, subestaciones, alumbrado e instalaciones).

Su actividad se centra en la producción y venta de elementos prefabricados de hormigón para diversos sectores: sector eléctrico (destacando la producción de postes y edificios de subestaciones), sector de comunicaciones y obra civil, y sector industrial (destacando su producción de edificios industriales prefabricados de hormigón), así como otros elementos de hormigón tales como columnas de alumbrado.

ROMERO HORMELEC S.A. (ROMERO HORMELEC)²

¹ Información obtenida de las páginas web www.adhorna.es y www.informa.es

² www.informa.es

ROMERO HORMELEC nace en 1996 de la fusión de POSTES ROMERO S.A. y HORMIGÓN Y ELECTRICIDAD S.A., y tiene su domicilio social en Zaragoza. Su matriz y administrador único es Proyectos Ferroviarios, S.L., que se encuentra en el mismo domicilio social.

Su actividad se centra en la fabricación de productos prefabricados de hormigón, principalmente postes de hormigón armado y edificios prefabricados de hormigón para centros de transformación.

POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN S.A. (POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN)³

POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN es una empresa nacida en 1982 y dedicada a la fabricación de productos de hormigón, yeso y cemento, centrandó su actividad en territorio nacional.

La sede se encuentra en Palencia y dispone además de fábricas en Torralba de Calatrava (Ciudad Real) y Llambillas (Girona), además de una oficina comercial en Madrid.

PREFABRICADOS Y POSTES DE HORMIGÓN S.A. (PREPHOR)⁴

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.

La sede de PREPHOR se encuentra en Palencia.

APLICACIONES DEL HORMIGÓN S.A. (APLIHORSA)⁵

APLIHORSA nació en el año 1951 con objeto de fabricar prefabricados resistentes de hormigón para los sectores eléctrico, de edificación, obras públicas y marítimas. Posteriormente, ya en el siglo XXI, APLIHORSA desarrolló un nuevo sistema de fabricación por módulos aplicable a cualquier tipo de edificio.

APLIHORSA forma parte del grupo INVERTARESA, y tiene su sede en La Coruña.

POSTES XEIXALVO S.L. (XEIXALVO)⁶

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

ELEMENTOS DE SUJECIÓN GALVANIZADOS, S.L. (ESG)

ESG fue creada en el año 1995 al objeto de fabricar herrajes para líneas aéreas y subterráneas de telefonía, si bien su objeto se ha ampliado, y actualmente

3 www.informa.es

4 www.prefabricadoshormigon-prephor.es/

5 www.aplihorsa.com

6 www.informa.es

fabrican piezas para cualquiera que lo solicite, realizando el desarrollo de la pieza, el troquel y la fabricación.

ESG se dedica a la estampación y cobre bruto de acero al carbono, soldadura, y galvanizado en caliente, siendo este último el recubrimiento utilizado para todas sus piezas. Su sede social se encuentra en Burgos

BUPRE S.L. (BUPRE)

BUPRE fue creada en el año 1995, encontrándose su sede en Burgos.

Su objeto es la fabricación de productos prefabricados de hormigón, destacando las tapas, arquetas, rejas, conos y anillos de hormigón, entre otros productos.

Tanto BUPRE como ESG forman parte del denominado "GRUPO APELLÁNIZ", surgido en 1917, y que actualmente se dedica al herraje metálico, el galvanizado en caliente y centrifugado, y a los prefabricados de hormigón.

RUBIERA PREDIS A S.L. (RUBIERA)

RUBIERA fue constituida en el año 2006, teniendo como objeto social la fabricación y venta de prefabricados de hormigón, incluyéndose entre éstos los postes de hormigón.

Su sede social se encuentra en Gijón.

CARACTERIZACIÓN DEL MERCADO

2.1. Definición de mercado

Esta Sala se muestra conforme con la definición de mercado realizada por la Dirección de Competencia en su Propuesta de Resolución, en la que concluye 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 los precedentes comunitarios⁷, se pueden identificar 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, que normalmente se transforma en volúmenes grandes, se utiliza como base para construcciones de hormigón moldeado *in situ*, se suministra y vende semi-húmedo, y es un producto perecedero.

⁷ Entre otras: IV/M.180 TARMAC /STEETLEY; IV/M. 460 HOLDERCIM / CEDEST; IV/M.1030 LAFARGE /REDLAND; IV/M.1157 SKANSKA /SCANCEM; IV/M.1759 RMC/RUGBY; y IV/M.1874 LAFARGE /BLUE CIRCLE

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.

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:

Poste de hormigón armado: este tipo de poste es el que más se utiliza en redes de electricidad de baja tensión. La ventaja principal de este tipo de postes es su duración ilimitada además de no necesitar mantenimiento. El mayor inconveniente es el precio con respecto a los postes de madera, y que al ser más pesados se incrementan los gastos en el transporte.

Postes de hormigón armado vibrado: este tipo de postes se fabrican con la finalidad de mejorar las cualidades del hormigón armado. Suelen tener una altura entre los 7 y 18 m y su sección es rectangular o en forma de doble T. La principal ventaja de este tipo de postes (que hace que sean los más utilizados) es que se puede fabricar en el lugar de su implantación y así se ahorran los gastos en transporte.

Postes de hormigón armado centrifugado: este tipo de postes se emplea en electrificaciones de ferrocarriles, en líneas rurales en baja tensión y alta tensión, incluidas las líneas de 220 KV, y en mástiles para alumbrado exterior (en el

reglamento antiguo llamado alumbrado público). Además, en combinación con varios postes se pueden realizar configuraciones de apoyos en ángulo, derivación, anclaje, etc. No son empleados en lugares de difícil acceso precisamente porque su fabricación no puede realizarse en talleres provisionales.

Postes de hormigón armado pretensado: se trata de postes de hormigón sometidos intencionadamente a esfuerzos de compresión previos a su puesta en servicio. Dichos esfuerzos se consiguen mediante cables de acero que son tensados y anclados al hormigón. Este tipo de postes cada vez es más utilizado ya que su precio resulta mucho más económico que los del hormigón corriente.

Una arqueta es un pequeño depósito utilizado para recibir, enlazar y distribuir canalizaciones o conductos subterráneos; suelen estar enterradas y tienen una tapa superior para poder registrarlas y limpiar su interior de impurezas. Se utilizan en redes de saneamiento, de agua potable y de regadío, así como en redes de distribución de electricidad y otros servicios cableados, como los de telecomunicaciones. Dicha arqueta se cubre con una tapa de hormigón.

Las cámaras de hormigón, por su parte, están destinadas a diferentes usos, tales como cámaras para equipos de telecomunicaciones, cámaras para líneas eléctricas, o cámaras ferroviarias.

En cuanto al alcance geográfico se refiere, el mercado del hormigón ha sido definido por la Comisión Europea como un mercado básicamente local, si bien en algunos casos⁸ 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 Comisión⁹ 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.

Marco normativo y funcionamiento del mercado

El mercado de prefabricados de hormigón, por tratarse de un sector con un cierto grado de peligrosidad, ha sido sujeto a abundante normativa con la finalidad de garantizar la seguridad en su uso.

El requisito indispensable para la libre comercialización y uso de un producto en todos los países de la Unión Europea es el mercado CE, reglamentado a través de la Directiva Europea 89/106/CEE (y su posterior modificación Directiva 93/68/CEE) y posteriormente el Reglamento 305/2011, de 9 de marzo. El mercado CE establece unos niveles mínimos de seguridad por debajo de los

8 IV/M. 1157 SKANSKA/SCANCEM

9 Decisión de la Comisión de 11 de noviembre de 1998, Asunto IV/M.1157 SKANSKA/SCANCEM

cuales no puede situarse ningún fabricante, siempre y cuando se haya establecido como obligatorio. Los productos prefabricados de hormigón se ven afectados directa o indirectamente por casi 60 normas armonizadas, siendo ya obligatorio estar en posesión del marcado CE en la mayoría de los casos.

El marco reglamentario por el que se establecen las exigencias que deben cumplir las estructuras de hormigón para satisfacer los requisitos de seguridad estructural y seguridad en caso de incendio, viene dado por la Instrucción de Hormigón Estructural EHE-08. La mencionada Instrucción incluye además normativa de protección del medio ambiente, y proporciona procedimientos que permiten demostrar el cumplimiento de seguridad con suficientes garantías técnicas.

Además, la EHE-08 implica la incorporación al articulado de las estructuras construidas con elementos prefabricados, definiendo requisitos particulares para estos productos en las etapas de cálculo, control y ejecución. También da la posibilidad de que el prefabricador obtenga de forma voluntaria un Distintivo de Calidad Oficialmente Reconocido (D.O.R.) que permita que se le apliquen ciertas consideraciones especiales, como por ejemplo la reducción de los coeficientes parciales de seguridad del hormigón y el acero, con la consecuente mejora en la relación entre prestaciones mecánicas y materiales empleados.

Por otro lado, a nivel europeo se ha desarrollado un programa completo de normas que recogen los métodos comunes de cálculo y dimensionamientos de estructuras, los Eurocódigos Estructurales, todos ellos dentro del Comité Técnico de Normalización europeo CEN/TC 250, cuyo comité espejo nacional es el AEN/CTN 140. En particular, el Eurocódigo que se refiere al cálculo de estructuras de hormigón es el EC2.

Por último, el Código Técnico de la Edificación representa el marco normativo por el que se regulan las exigencias básicas de calidad que deben cumplir los edificios, incluidas sus instalaciones, para satisfacer los requisitos básicos de seguridad y habitabilidad, y es de obligado cumplimiento en las obras de edificación de nueva construcción, así como en las obras de ampliación, modificación, reforma o rehabilitación que se realicen en edificios existentes.

La oferta de prefabricados de hormigón en nuestro país se encuentra muy atomizada. La Asociación Nacional de la Industria de Prefabricados de Hormigón (ANDECE) agrupa a más de 200 socios, que suponen en torno al 70% del volumen de negocios de su sector industrial. En el campo de la edificación y las licitaciones, entre enero de 2013 y enero de 2014 se produjo un aumento del 192%¹⁰ de las mismas, centrándose principalmente en un aumento de la demanda de la Administración Central. Por tipos de obras, destaca el elevadísimo incremento de licitación de vivienda pública, que pasa de 2 millones de euros en enero 2013 a 37 millones de euros en enero 2014. El resto de edificación también registra incrementos de licitación, salvo la sanitaria y la industrial. En cuanto a la

¹⁰ www.andece.es

composición de la oferta, los productos prefabricados para edificación representan el 58% del total, los prefabricados de obra civil un 36% y los productos para urbanización y servicios el 6% restante.

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.

HECHOS PROBADOS

Teniendo en cuenta la información que obra en el expediente, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC considera que consta acreditado que las empresas incoadas han desarrollado múltiples iniciativas para coordinar sus actuaciones comerciales en el mercado de prefabricados de hormigón entre los años 1985 y 2013.

Los hechos probados en el expediente acreditan 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 2013¹¹. 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.

La mayoría de acuerdos habrían sido de carácter multilateral, si bien cabe añadir contactos y acuerdos bilaterales entre las empresas, como son los de las

¹¹ Hay que advertir que la participación de las empresas difiere en algunos aspectos, por cuanto 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.

entidades ROMERO HORMELEC y POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, que habrían llevado a cabo contactos al margen de las demás empresas incoadas.

Existe en el expediente multitud de información obtenida por la Dirección de Competencia durante la instrucción del procedimiento que acredita la existencia de las conductas descritas. A continuación se presenta únicamente una parte de la citada información¹², si bien esta Sala considera que la misma resulta suficiente para poner de manifiesto la existencia de las conductas descritas y la participación de las empresas en las mismas.

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

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

Los acuerdos durante este periodo no son estables, con una serie de empresas que participan de manera constante (POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, POSTES NERVIÓN (luego será ADHORNA), ROMERO, HORMELEC, que tras su fusión en 1996 pasan a denominarse ROMERO HORMELEC y PREPHOR. XEIXALVO se encuentra en los acuerdos a partir del año 1988, participando de manera constante desde entonces. Por último, APLIHORSA participa en los mismos entre los años 1988 y 1994, saliéndose del grupo entre 1995 y 2000, y reintegrándose en el mismo a partir de entonces.

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 ["(...) *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 LÍCITOS, por lo que, en definitiva, no podrán ser escritos y se deberá confiar en el pacto entre caballeros*"] (folio 854). Este informe sería 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.

¹² Para una información más completa de los hechos acreditados, ver el apartado 5 de la Propuesta de Resolución (folios 7450 a 7523).

En el "Anexo"¹³ al citado informe se acuerda llevar a cabo un "estudio de mercado"¹⁴, que comenzará el día 1 de julio de 1985 y "abarcará una duración de dos años y medio" (folio 862). Dicho estudio implica:

Las empresas acuerdan cuotas que no pueden ser superadas: "*En esta reunión se examinarán todas las operaciones que desequilibren los datos de incidencias previstos, con el fin de corregir estas cuotas en el sentido que proceda*" (folio 867).

Fijar precios y condiciones de venta: "*Las financiaciones especiales, descuentos, rápeles, etc. ocultos quedan terminantemente prohibidas*" (folio 865). Asimismo, se establece que "*los incumplimientos de precios y otras condiciones pactadas se penalizarán*" (folio 871).

El punto 15º del Anexo llamado "Actuación conjunta frente a competencia" recoge lo siguiente: "*Cuando se juzgue oportuno una actuación frente a competencia por parte de un Grupo o de todos que implique el incumplimiento de alguna de las especificaciones aquí tratadas, la decisión deberá tomarse por unanimidad*" (folio 873).

Crear un Fondo de Garantía "*para la corrección de posibles defectos que no puedan llevarse a cabo por otros medios mejores*", con aportaciones de cada Grupo (folio 872).

Intercambiar información: "*De forma ordinaria, mensualmente, en principio el segundo martes de cada mes, los componentes del Equipo de Estudio celebrarán una reunión en la que facilitarán los datos de piezas fabricadas, el último número y las piezas retiradas de cada una de las fábricas, así como los intercambios de piezas que tenga lugar entre ellas*" (folio 866). Todos estos datos, además, serán controlados: "*Se procederá a realizar una comprobación de las Fábricas por Grupo de piezas (...). Si durante el tiempo de duración de este estudio se produjesen sospechas de diferencias (...) se expondrá en la primera reunión que se celebre y (...) se nombrará una Comisión que realizará todas las comprobaciones que sean necesarias para aclarar los datos*" (folio 867). Asimismo, se establecen penalizaciones por ocultar piezas (folio 869).

A su vez, en el "Anexo-P" se incluyen:

13 En el mismo se observan firmas acompañadas de iniciales : "J.A.", "J.J.", "R.A.", "M.V." y "L.M"

14 El apartado 3 ("Mercado a estudiar") de este anexo establece lo siguiente: "*El mercado a estudiar se refiere a los siguiente Grupos de piezas, clasificadas por su incidencia estimada en el mercado futuro, en % del mismo*

Grupo 1 ... 36,94

Grupo 2 ... 22,43

Grupo 3 ... 13,70

Grupo 4 ... 15,93

Grupo 5 ... 11,00

Quedan excluidos del presente estudio los tipos de piezas que se destinan a mercados fuera del territorio nacional.

Si al término de cada período estudiado las cuotas de incidencia de algún Grupo hubiese superado los datos base del estudio inicial de partida, se realizará un análisis en profundidad con el fin de corregir los desequilibrios que incorrectamente se hayan puesto de manifiesto. En este sentido se adjudicarán las diferencias de incidencia a aquellos Grupos que indebidamente estuviesen mal adjudicados por defecto, disminuyendo los de los Grupos que estén en exceso." (folios 862, 863)

Listas de precios por tipo de producto en las que se incluyen las siguientes columnas: “Mínimo, PN, R, PR, PO, HO” (folios 875-877).

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 (folio 880).

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, continua. La participación de APLIHORSA se desarrollará de manera continua entre los años 1988 y 1994. La participación de APLIHORSA en los acuerdos se reanuda a partir de 2009, con una breve participación entre 2000 y 2001.

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.

El 17 de mayo de 1988 se llegó a un nuevo acuerdo para piezas destinadas al mercado nacional en términos similares al antes descrito, según se desprende del documento denominado ANEXO I. Dicho acuerdo "*tendrá como tiempo de duración hasta el 31 de diciembre de 1990*", siendo su fecha de iniciación el 1 de mayo de 1988 (folio 832). En particular, aparecen las cuotas de seis participantes identificados por los números 1 a 6¹⁵.

El documento incluye lo siguiente: "*Se 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).

También se acuerda que a la fecha del inicio del acuerdo cada participante facilite el número de piezas almacenadas en fábrica y en las reuniones mensuales el número de piezas fabricadas, retiradas de cada fábrica e intercambiadas, previéndose asimismo (i) la posibilidad de realizar inspecciones en los almacenes de las fábricas de cada participante (folio 834) y (ii) penalizaciones por incumplimiento (folios 836-838). Asimismo, se establecen previsiones similares a las del acuerdo de 1985 en relación con la creación de un fondo de garantía (de forma que el participante que incumpla las penalizaciones pierda su aportación al

¹⁵ Ver Anexo I: cuadros resumen de empresas y códigos utilizados desde el comienzo de los acuerdos hasta la actualidad.

mismo, folio 838), el tratamiento de morosos (folio 839) y la actuación frente a la competencia (folio 839). Por otra parte se acuerda levantar acta de cada reunión en la que consten los acuerdos tomados (folio 839).

En cuanto a las ofertas, se establece que las mismas *“se harán a los precios de lista de cada participante más transporte, y en las que se adjudiquen en la mesa, sólo podrá bajar el adjudicatario, debiendo en todo caso, cumplir su precio de garantía más transporte”* (folio 835). El acuerdo incluye un anexo (“ANEXO II”) que consta a su vez de unas “Listas de Precios” (folio 841).

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. Ver Anexo I) denominado *“Normas de funcionamiento”*, que contiene acuerdos muy similares a los descritos (de 1985 y de 17 de mayo de 1988), si bien en este acuerdo *“la fecha de iniciación para los precios en el mercado es el 11.11.88. La fecha de iniciación del control de stocks de los participantes, y de las entradas y salidas de piezas, el 1.1.89”*. Así, de forma análoga a los documentos citados, *“Se acuerda 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.

De este mismo mes hay constancia de una reunión, celebrada el 11 de noviembre de 1988, a través de un acta (titulada “Reunión Postes -11.11.88”) en la que se fijan nuevos precios: *“A partir de ahora los precios son los de tarifa de 1.988 + transporte”* (folio 827), fijándose la dotación del fondo de garantía, acordándose que la forma de pago máximo son 120 días. También se pide a los directivos que propongan cuotas. Asimismo, en relación con APLIHORSA se establece: *“estos precios son válidos para todo el mundo si Aplihorsa está de acuerdo”* (...) *“Si hay acuerdo con Aplihorsa que A.P.H. fije los precios de U.F. y si no hay acuerdo nos volvemos a reunir inmediatamente para ver los precios”*. Al final de este documento aparecen 7 firmas y manuscritos los siguientes nombres al lado de

¹⁶ *“Las ofertas se harán, como mínimo, a los precios de garantía de cada participante más transporte divididos por 0,95. De este precio no se podrá bajar, salvo autorización de la Mesa o del Coordinador, en caso de urgencia. En las ofertas que se adjudiquen en la Mesa sólo podrá bajar el adjudicatario, debiendo en todo caso cumplir como mínimo, su precio de garantía más transporte.”*

Si con posterioridad a la adjudicación de la Mesa surgiesen problemas entre el adjudicatario y otro de los fabricantes, deberán negociar entre ambos, y si el adjudicatario final no fuese el designado en la Mesa, deberá compensar a éste de forma inmediata con un pedido similar en cuanto a importe y calidad de cliente.”

A los almacenistas se les podrá dar un descuento de hasta el 5% sobre los precios anteriores. Como mínimo, cumplirán las condiciones de los fabricantes. Del cumplimiento será responsable el fabricante que le suministre.” (folio 815)

cada una de estas firmas: [XXX], [XXX], [XXX], [XXX], [XXX], [XXX] y [XXX], que son los representantes de las empresas participantes en la reunión (folio 827).

Posteriormente, en 1989, y ya con la presencia de APLIHORSA, las empresas intercambian los precios de sus postes de hormigón, y establecen penalizaciones para aquellas empresas que no apliquen los acuerdos.

Prueba de ello es el acta de reunión manuscrita, de fecha 9 de febrero de 1989 (titulada "Reunión 9-II-89"), en la que se fijan los precios en dos listas: la lista general (denominada "P") y la lista eléctrica (denominada "E"): "*La lista general es la "P" dividida por 0,95" a partir de ese mismo mes: "Las listas deben de obrar en todo el mercado antes del 28.02.89. Desde el 08.03.89 no se puede aceptar ningún pedido por debajo de la lista "E", Set. Elec. o de la "P" resto"*". Al final de este documento aparecen siete visados (folio 828).

Las empresas, además, llevaron a cabo diversas penalizaciones y liquidaciones en relación con el fondo común, no exentas de controversia entre los participantes (folios 907-913). Así, se remiten por fax¹⁷ a ROMERO HORMELEC determinadas notas¹⁸ sobre las liquidaciones de los años 1989 (liquidación de enero de 1990, donde aparecen los números 1 al 6), 1990 (liquidación de Enero de 1991 que tan sólo hace referencia a los números 2 y 5) y 1991 (que hace referencia los números 1,2,3,5 y 7). Asimismo, en el documento manuscrito (folio 913) recabado en la sede de ROMERO HORMELEC y en cuyo encabezado se aprecia "CA[...] PENALIZACIONES Y FONDO COMÚN AÑO 1989" aparecen de manera explícita: 1 POSTELÉCTRICA, 2 NERVION, 3 HORMELEC, 4 PREPHOR, 5 ROMERO y 6 XEIXALVO, junto con fechas, el número de postes y las penalizaciones resultantes.

El más relevante, por completo, de los acuerdos alcanzados en este periodo data del año 1993, en el que POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, POSTES NERVIÓN, ROMERO, PREPHOR, HORMELEC, XEIXALVO y APLIHORSA acuerdan 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.

En efecto, el 1 de octubre de 1993 las citadas empresas firman un documento bajo el título "BASES" por el que llegan a una serie de compromisos: "*Las entidades empresariales firmantes han llegado a los siguientes compromisos:*

Limitar la producción y consiguientemente la venta a unas determinadas cuotas del mercado nacional (excepto Canarias) procurando constantemente el equilibrio y repartiendo sus ventas entre determinados clientes según unas reglas (...).

¹⁷ El fax fue reenviado con fecha 12 de marzo de 1993, según consta en el encabezado.

¹⁸ El fax, remitido a "José María", comienza con estas palabras: "*Me animo a enviarte estas notas que no son más que la expresión matemática de todo cuanto ha ido aconteciendo*" (folio 907). En relación con el año 1990, el documento refleja, tras indicar la posición final después de la liquidación de Enero de 1991, lo siguiente: "*Estas cantidades fueron discutidas por agravios comparativos y finalmente no abonadas hasta el momento de la ruptura. Continúa la reivindicación de los dos clientes importantes a los que se obliga a renunciar*".

Respetar la aplicación de unos precios determinados por unos determinados servicios que serán fijados por unanimidad en unas zonas geográficas y unas circunstancias de contratación (...)." (folio 785)

Asimismo, de acuerdo con este documento se comprometen a:

Aportar datos que permitan acreditar el cumplimiento de lo acordado.

Aplicar un mecanismo corrector en función de la cuota mensual obtenida frente a la acordada para cada "entidad empresarial firmante" (identificada por los números 1 al 7) a través de determinadas transacciones económicas (si exceden su cuota mensual compran, y si no la alcanzan venden).

También se consensuan los "elementos organizacionales"¹⁹ (folios 786-789), los "órganos operacionales"²⁰ (folios 790-792), los "elementos de vigilancia" (que comprenden la Comisión de Fundamentos y la Auditoría Externa; folios 792-793) y los "instrumentos de desarrollo"²¹ (folios 793-794).

Finalmente, "para garantizar la estabilidad del acuerdo y los pagos, se crea una Sociedad formada por todas las Entidades Empresariales participantes", denominada LACOM (folios 794-795). Así, con las aportaciones de cada empresa a LACOM se "garantiza el cumplimiento de las penalizaciones". Con respecto a la cuota, se establece que "LACOM compra cada mes, mediante pedido, el número de postes déficit a los fabricantes que no lleguen a su cuota y vende el mismo número (superávit) a los fabricantes con exceso de cuota al mismo precio que será el precio del sector de ese mes".

Los días 5 y 6 de octubre de 1993, de acuerdo con el acta de reunión que obra en el expediente (titulada "Reunión días 5-6 de octubre de 1993"), se fijan las cuotas que deben cumplir en su mercado institucional²² los participantes, fijándose las pautas a seguir a la hora de participar en los concursos: "El mercado institucional representa un X % sobre el mercado total. (...) Se marca como objetivo que todos los fabricantes participen con el X % de su cuota en el mercado institucional. (...) Para diferenciar las ofertas institucionales, se considera un mínimo de un 2% para aquella empresa que deba destacarse sobre los demás concursantes para que le sea otorgada una mayor participación" (folio 771). En esa misma reunión se

¹⁹ Dentro de los cuales están los ejecutivos "que comportan un determinado grado de autoridad y que son: La Asamblea, La Comisión de Conflictos y arbitraje y la Mesa reguladora".

²⁰ Comprenden (i) la Comisión de Precios, que se ocupa de "formación y formulación de precios, condiciones de venta, tratamiento de morosos, tratamiento de los intermediarios en la venta"; (ii) la Comisión de Control, que "se ocupa de adaptar la fabricación mensual del conjunto y de los firmantes individualizados a la demanda variable del mercado", realizando las asignaciones y calculando el valor económico de las compensaciones a LACOM; y (iii) la Comisión de Transporte, que estudia el sistema de reparto de peticiones de la forma más económica evitando los flujos de producto por medio de intercambios.

²¹ Elementos coactivos "en la filosofía de que se haga muy difícil el incumplimiento y se aporte la tranquilidad necesaria", que incluyen: "una chapa numerada que acompañará a cada unidad limitando la fabricación al número total que el mercado absorba"; una auditoría externa y las compraventas.

²² De acuerdo con un documento, obtenido en la sede de Zaragoza de ROMERO HORMELEC y fechado el día 22 de febrero de 1996, se consideran clientes institucionales los siguientes: Telefónica, Iberdrola, Cantábrico, Enher, Gesa, Unión Fenosa, Sevillana, Viesgo, Fecsa y E.R.Z. (folio 922)

aprobó una tabla de participaciones para el año 1994 como anexo al acta, por la que las empresas se repartían los pedidos institucionales y fijaban sus cuotas para dicho año, en la que figuran manuscritos los nombres de “Posteléctrica, Aplicaciones, P. Nervión, Hormelec, Prephor, P. Romero y P. Xeixalvo”, y como columnas diversos clientes (U.F., Telefónica, Iberdrola, Sevillana, etc.) (folios 772 a 773). Así, acuerdan quién preparará la oferta en función del cliente de que se trate, y que a quien quede desplazado “*se le apoyaría en otros concursos*”.

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.

Entre 1995 y 2000, POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, POSTES NERVIÓN, ROMERO, PREPHOR, HORMELEC y XEIXALVO continúan celebrando reuniones periódicas, tal y como muestra la documentación contenida en el expediente. La fusión de POSTES ROMERO S.A. y HORMIGÓN Y ELECTRICIDAD S.A. no altera el comportamiento, apareciendo en las actas de reunión la nueva empresa, ROMERO HORMELEC, tomando el relevo de las dos anteriores.

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 APLIHORSA²³ 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*” (folio 774).

En el mismo, de un tenor similar a los acuerdos anteriores, 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 ofertas²⁴ 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 (folios 774 a 780).

23 Aparecen identificados en este acuerdo (folio 774) con las iniciales: “PSA, PN, HOR, PRE, ROM, XEI, APL”. De acuerdo con la “*Propuesta para reactivar los acuerdos*”, enviada por correo electrónico el 18 de abril de 2011 por [XXX a XXX, XXX, XXX, XXX, XXX, XXX y XXX], el documento fue redactado por POSTES NERVIÓN: “*Estos acuerdos no funcionaron y se REACTIVARON el 01/08/1995 con un documento elaborado por PN*” (folio 2963).

24 “*Se harán a los precios de la lista de cada Empresa más transporte y, en las que se adjudiquen en la mesa, sólo podrá bajar el adjudicatario, debiendo en todo caso cumplir su precio de garantía más transporte*” (folio 776).

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 APLIHORSA²⁵ 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.**

En 1997 se produjeron intercambios de precios entre empresas incoadas como queda acreditado por el fax enviado por PREPHOR "A/A ENRIQUE" con fecha 21 de mayo que contiene una tabla de precios de fábrica por distintos tipos de postes según "Designación UNIÓN FENOSA" y según "Designación IBERDROLA", titulada "Postes tubulares de hormigón armado-vibrado hueco" (folio 297), hallado en la sede de Madrid, de ROMERO HORMELEC.

El día 6 de julio de 1998, APLIHORSA, de acuerdo con un fax hallado en la sede de Madrid de ROMERO HORMELEC²⁶, envía su lista de precios a esta última empresa, dando igualmente instrucciones para la fijación de precios: "*Adjunto te envío la lista de precios de postes HVH, sobre esta lista puedes aplicar un descuento del 5%*". En dicho fax se encuentra una nota manuscrita: "*10% Sr [confidencial]. 7-7-98*" (folio 305).

De este mismo año consta un documento en el que aparece una tabla de precios a ofertar a ENDESA con la anotación manuscrita: "*Madrid, 5 agosto 1998. PRECIOS ACORDADOS EN LA MESA*" (folio 1017). Las empresas participantes también se intercambian las estimaciones de consumo y los precios unitarios de los postes a vender durante los años 1998, 1999 y 2000 (folios 1019 a 1052), de acuerdo con unas tablas halladas en la sede de Zaragoza de ROMERO HORMELEC, lo cual es consistente con los acuerdos de intercambios de información sobre precios y ofertas, tal y como se ha expuesto. De este mismo año es un cuadro comparativo de los precios ofertados por las empresas, incluida APLIHORSA (folio 1053).

A partir de este momento el código de números cambia²⁷, de forma que el número 1 corresponde a POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, el número 2 a POSTES NERVIÓN, el número 3 a ROMERO HORMELEC, el número 4 a PREPHOR, el número 5 a XEIXALVO y el número 6 a APLIHORSA.

En el año 1999, obran en el expediente varios cuadros titulados "Oferta de postes de H. a Iberdrola" subtitulados respectivamente "Oferta Posteléctrica-99", "Oferta

²⁵ Los "participantes" del acuerdo aparecen identificados con los números del 1 al 7 (folio 917)

²⁶ Remitido por [XXX a XXX].

²⁷ Modificación de la numeración recogida en el folio 941.

P.Nervion-99”, “Oferta Romero-Hormelec-99”, “Oferta Prephor-99”, “Oferta Xeixalvo-99” y “Oferta Aplihorsa-99” (folios 1074 a 1079, hallados en la sede de Zaragoza de ROMERO HORMELEC). Todos ellos siguen el mismo esquema, apreciándose por tipo de poste las siguientes columnas: “cantidad”, “oferta 1995”, “oferta 1996”, “adjudicación 1996” y “Oferta 1999”.

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).

Con fecha 16 de noviembre de 2001 [XXX], en nombre de ROMERO HORMELEC, envió un correo electrónico a [XXX, XXX, XXX, XXX y XXX], representantes de ROMERO HORMELEC, POSTES NERVIÓN, APLIHORSA, POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN y APLIHORSA, respectivamente, con el asunto “BASES PARA NUEVOS ACUERDOS”. En el cuerpo del correo figura:

"Cumpliendo mi compromiso de la última reunión adjunto os remito una propuesta de "BASES PARA LA ACTUALIZACIÓN DE LOS ACUERDOS".

Las dos premisas de las que he partido han sido:

a) Respetar las cuotas históricas de las institucionales y el sistema de compensaciones actualmente vigente de modo que este mercado sea solidario para todos.

b) Aproximar las cuotas de particulares a las reales del mercado con unas compensaciones más suaves" (folio 764).

En el año 2002 se rompen los acuerdos entre las diferentes empresas del sector de prefabricados de hormigón

Los acuerdos entre las empresas se rompen en el año 2002 ("los acuerdos se han roto al existir circunstancias que TENSIONAN la situación", en particular por las diferencias entre las "cuotas acordadas y la realidad del mercado" (folio 3187), pero se retoman poco después, en 2003.

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.

A partir del año 2003 los contactos documentados entre las empresas se multiplican, hallándose muchos de los acuerdos y actas de reuniones en todas las

²⁸ Identificados con los números 1 a 6.

sedes de las empresas investigadas. A partir de esta época hay documentación que permite concluir un patrón de reuniones mensual y un reparto constante del mercado.

Además, las empresas participantes se han vuelto más estables. Entre los años 2003 y 2005 aparecen como parte de los acuerdos POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, ROMERO HORMELEC, PREPHOR, POSTES NERVIÓN y XEIXALVO. Entre los años 2006 y 2008 existen acuerdos entre estas cinco empresas, con la asistencia puntual de APLIHORSA a las reuniones. A partir de 2009, y hasta el año 2011, POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, ROMERO HORMELEC, PREPHOR, POSTES NERVIÓN, APLIHORSA y XEIXALVO mantienen pactos de manera estable. A partir de 2012 constan acuerdos entre POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, ADHORNA, PREPHOR y ROMERO HORMELEC, con documentos en los que aparece la participación de RUBIERA en determinadas ocasiones.

Entre los años 2003 y 2005 aparecen como parte de los acuerdos POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, ROMERO HORMELEC, PREPHOR, POSTES NERVIÓN y XEIXALVO.

En el "Acuerdo de Palencia 16 de Junio de 2003", del que formaron parte POSTELÉCTRICA, POSTES NERVIÓN, ROMERO HORMELEC, PREPHOR y XEIXALVO²⁹, 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. Constan en el expediente las plantillas completadas por las empresas participantes en el acuerdo durante el segundo semestre de 2004, en los que se ofrecen datos comerciales desagregados (folios 1467 a 1472, hallados en papel en la sede de Palencia de POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN; folios 1661 a 1663, hallados en papel en la sede de Madrid de POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN; y folios 3222 a 3236, 3267 a 3271, 3273 a 3279, 3286 a 3287 y 3297 a 3302, hallados todos ellos en formato electrónico en la sede de Madrid de POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN).

Entre los meses de octubre y diciembre de 2004 tienen lugar cuatro reuniones, en los días 4 de octubre, 26 de octubre, 30 de noviembre y 21 de diciembre, en las

²⁹ Constan en el punto 1 del Acuerdo los siguientes *Asistentes* (folio 737):
Posteléctrica Fabricación: [XXX]
Postes Nervión: [XXX]
Romero Hormelec: [XXX]
Prephor: [XXX, XXX]
Xeixalvo: [XXX, XXX]

que se continúan fijando los precios a cargar en todo el territorio nacional y los descuentos aplicables, así como el reparto de los pedidos de grandes empresas (en particular, de Telefónica y UEF³⁰) (folios 3250 a 3251, 3262 a 3264, 3284 a 3285 y 3293 a 3294, todos ellos obtenidos en formato electrónico en la sede de Madrid de POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN).

A partir del año 2005, destaca el cambio que se produce en los acuerdos, en el sentido de que los mismos pasan a centrarse 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.

Los acuerdos y reuniones entre POSTELÉCTRICA, POSTES NERVIÓN, ROMERO HORMELEC, PREPHOR y XEIXALVO continúan durante 2005. En este año, las empresas prosiguen con sus reuniones periódicas al objeto de fijar precios, compartir información comercial desagregada, incluyendo precios y unidades vendidas, y repartirse las subastas de grandes empresas.

Las reuniones entre POSTELÉCTRICA, POSTES NERVIÓN, ROMERO HORMELEC, PREPHOR y XEIXALVO se suceden a lo largo de todo el año 2005, obrando en el expediente documentación relativa a su celebración en los días 25 de enero³¹, 8 de marzo, 31 de marzo³², 10 de mayo, 24 de mayo, 21 de junio³³, 21 de julio³⁴, 29 de agosto³⁵, 26 de septiembre, 29 de septiembre, 13 de octubre³⁶, 15 de noviembre³⁷ y 15 de diciembre³⁸ (folios 3314 a 3319, 3335, 3342-3343, 3360 a 3362, 3413 a 3414, 3416 a 3417, 3421 a 3423, 3432 a 3435, 3442 a 3445 y 3475 a 3476, halladas en formato electrónico en la sede de Madrid de POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN). En la reunión de 31 de marzo se denominan “Mesa general de reposteros reconvertidos” (folio 3362).

Durante el año 2006, las reuniones entre POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, POSTES NERVIÓN, ROMERO HORMELEC, PREPHOR y XEIXALVO continúan desarrollándose de forma estable, con prácticamente una reunión al mes. En las mismas se observa habitualmente la fijación de precios de las empresas, el reparto de próximas subastas y el intercambio de información sensible. En particular, se observa a partir de la documentación obrante en el expediente la existencia de reuniones con fechas 14 de febrero, 15 de marzo, 24 de abril, 23 de

30 Unión Eléctrica Fenosa.

31 Números 1 a 5.

32 Acta remitida por correo electrónico enviado por [XXX, XXX, XXX y XXX] (folio 3360).

33 Acta enviada por correo electrónico de 22 de junio de 2005 enviado por [XXX a XXX, XXX, XXX Y XXX] (folio 3413).

34 En este acta remitido por correo electrónico de 27 de julio de 2005 por [XXX] constan como asistentes (folio 3417): N° 1 (XXX), N° 2 (XXX), N° 3 (XXX), N° 4 (XXX), N° 5 (XXX).

35 Acta remitida por correo electrónico de Xeixalvo con fecha 1 de septiembre de 2005 (folio 3421) en la cual constan los siguientes asistentes (folio 3422): N° 1 (XXX), N° 2 (XXX), N° 3 (XXX), N° 4 (XXX), N° 5 (XXX y XXX).

36 Asisten de acuerdo con el acta de la reunión (folio 3433): N° 1 (XXX), N° 2 (XXX), N° 3 (XXX), N° 4 (XXX), N° 5 (XXX y XXX). Este acta fue remitida por Xeixalvo mediante correo electrónico de fecha 14 de octubre de 2005 (folio 3432).

37 Asisten a la reunión de acuerdo con el acta (folio 3443): N° 1 (XXX) N° 2 (XXX) N° 3 (XXX) N° 4 (XXX, XXX), N° 5 (XXX, XXX, XXX). Este acta fue enviada por correo electrónico de fecha 16 de noviembre de 2005 (folio 3442).

38 Asisten a la reunión de acuerdo con el acta (folio 3476): N° 1 (XXX) N° 2 (XXX) N° 3 (XXX, XXX) N° 4 (XXX, XXX) N° 5 (XXX, XXX, XXX). Este acta fue enviada por correo electrónico de fecha 3 de enero de 2006 (folio 3475)

mayo, 22 de junio, 26 de julio, 14 de septiembre, 17 de octubre y 14 de noviembre, asistiendo a todas ellas POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, ADHORNA, ROMERO HORMELEC, PREPHOR y XEIXALVO, y a la reunión de 14 de noviembre también APLIHORSA (folios, 1611, 1609, 1613, 1617 a 1619, 1621, 3521 a 3522, 3554, 3619 a 3621, 3625 a 3626, 3651).

Así, por ejemplo, en la reunión del 22 de junio de 2006³⁹, documentada a partir de un acta de reunión hallada en la sede de Madrid de POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, se afirma:

*"El Nº6 acepta la propuesta que se le hizo en la Reunión anterior (20% Telefónica sin ir en 2ª posición, 1º en UEF, salir de Barras y Viesgo al finalizar contrato). El Nº 3 se compromete a terminar de distribuir el pedido de Telefónica anterior con piezas o económicamente (...)
Próxima reunión 20/07/06 (donde indique el Nº 3)"* (folios 1615 a 1616).

Las empresas continúan repartiéndose también el mercado de clientes que ellos denominan "institucionales" y realizando compensaciones entre las empresas cuando no se alcanzan las cuotas establecidas, tal y como se desprende de numerosas actas de reunión.

Igualmente, durante el año 2007 las reuniones se llevan a cabo de forma mensual, tal y como se desprende de la documentación en formato digital obtenida de la sede en Madrid de POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN. En dichas reuniones, las empresas fijan los precios del mercado y acuerdan su reparto. En particular, hay constancia de reuniones celebradas los días 25 de enero, 20 de marzo⁴⁰, 23 de abril, 21 de mayo⁴¹, 19 de junio, 19 de julio⁴², 11 de septiembre, 18 de octubre y 19 de noviembre (folios 3662 a 3665, 3745, 3751, 3756, 3761 a 3763, 3783 a 3785, 3786 a 3788 y 3789 a 3791).

Por ejemplo, en el acta de 25 de enero⁴³, se establece: *"Se detecta una perniciosa bajada en el suministro de postes. Se impone que alguien de la mesa deje de fabricar para que haya algo de negocio. ¿Quién se apunta? Se adjunta cuadrantes de control y se detecta un error de 8 piezas en institucionales. Quien las tenga que las devuelva."* (folio 3665).

En esta misma reunión se llevan a cabo los seguimientos de los clientes institucionales y se prevén en tono jocosos e imaginativos otros tipos de castigo por incumplimientos. Igualmente, se comparten cuadros de información sobre las ventas realizadas durante el mes anterior, tanto de clientes institucionales como de particulares, que se adjuntan al correo electrónico. En estos folios, el concepto

39 Acta contenida en un correo electrónico enviado el 3 de julio de 2006 por [XXX] a [XXX, XXX y XXX].

40 También hay un resumen de esta reunión en el acta de 23 de abril de 2007.

41 Consta únicamente la convocatoria de reunión en un correo electrónico, si bien no se ha podido obtener acta de reunión.

42 Consta únicamente la convocatoria de reunión en un correo electrónico, si bien no se ha podido obtener acta de reunión.

43 Acta remitida por correo electrónico el día 26 de enero de 2007 por [XXX] a [XXX, XXX, XXX y XXX].

"Grupo de Piezas", mencionado en el segundo cuadro, corresponde a las empresas participantes en la reunión⁴⁴ (folios 3663 a 3664).

A lo largo del 2008, POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, ROMERO HORMELEC, PREPHOR, XEIXALVO y la recién creada ADHORNA⁴⁵ continúan reuniéndose de manera periódica, constando evidencia de, al menos, reuniones en fecha 5 de febrero⁴⁶, 26 de febrero, 15 de marzo⁴⁷, 8 de mayo⁴⁸, 24 de junio⁴⁹ (folios 3800, 3806, 3821 a 3822, 3870, 1569).

A partir del año 2009, se observa un cambio de tendencia comercial de 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, a **centrarse en el reparto de las subastas realizadas por la empresa Telefónica y en limitar el número de empresas participantes en los repartos.**

Así, en el mismo 2009 las empresas se centran en el reparto de las diferentes subastas que lleva a cabo Telefónica.

Con fecha 21 de septiembre, las empresas establecen⁵⁰ cómo deben efectuarse las subastas para Telefónica, adjuntando a continuación tablas similares a las del año 2008 (folios 3877 a 3879): "A).- Si T. en la subasta fija un precio de salida, que es lo más probable, se aplicará para las distintas pujas el fichero.

CUADRO SUBASTA CON PRECIO DE SALIDA DE T.

B).- Si T. no fija en la subasta un precio de salida, supuesto no probable, se aplicarán en las distintas pujas los precios del fichero

Oferta SIN PRECIO DE SALIDA DE T.

En este caso el desarrollo de la subasta se explica en el archivo CIRCULAR SIN PRECIO DE SALIDA DE T." (folio 3876)

En el año 2010, se continúan celebrando reuniones, según se desprende de la convocatoria para la reunión de 13 de mayo⁵¹ (folio 3914), si bien en este periodo destaca el continuo reparto de subastas llevado a cabo por todas las empresas.

En relación con el reparto de subastas de clientes institucionales, el día 2 de julio de este año⁵² ROMERO HORMELEC da instrucciones similares a las dadas en el año anterior para pujar en la próxima subasta de Telefónica (folios 2483 a 2493):

44 Ver Anexo I: cuadros resumen de empresas y códigos utilizados desde el comienzo de los acuerdos hasta la actualidad.

45 ADHORNA nace el día 15 de enero de 2008 de la fusión de POSTES NERVIÓN S.A. con PLACAMARDA S.A.

46 Consta únicamente la convocatoria de reunión en un correo electrónico, si bien no se ha podido obtener acta de reunión.

47 Consta únicamente la convocatoria de reunión en un correo electrónico, si bien no se ha podido obtener acta de reunión.

48 Consta únicamente la convocatoria de reunión en un correo electrónico, si bien no se ha podido obtener acta de reunión.

49 Consta únicamente la convocatoria de reunión en un correo electrónico, si bien no se ha podido obtener acta de reunión.

50 Correo electrónico enviado el día 21 de septiembre de 2009 por [XXX] a [XXX,XXX,XXX, XXX].

51 Consta únicamente la convocatoria de reunión en un correo electrónico, remitido con fecha 6 de mayo de 2010 por [XXX] a [XXX, XXX, XXX, XXX, XXX], si bien no se ha podido obtener acta de reunión.

"Os adjunto tres archivos que se utilizarán del siguiente modo:

A).- Si T. **NO FIJA** en la subasta un precio de salida, se aplicarán en las distintas pujas los precios del fichero

PUJAS SIN PRECIO DE SALIDA DE T.

En este caso el desarrollo de la subasta se explica en el archivo

CIRCULAR SIN PRECIO SALIDA DE T.

B).- Si T. en la subasta **fija** un precio de salida, se aplicará para las distintas pujas el fichero

PUJAS CON PRECIO DE SALIDA DE T.

Poniendo, en este caso, en la celda F6, el precio de salida de T, en lugar de 390 que se indica en el cuadro".

El año 2011 es prolijo en 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.

Han quedado acreditadas las reuniones periódicas mantenidas por POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, ROMERO HORMELEC, ADHORNA, PREHOR, XEIXALVO y APLIHORSA de los días 22 de febrero de 2011⁵³, abril de 2011⁵⁴, 11 de mayo de 2011⁵⁵, y 27 de septiembre de 2011 (folio 3968-3671, 3996 a 3998, 4015 y 4122 a 4124).

En particular, POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, ROMERO HORMELEC, ADHORNA, PREHOR, XEIXALVO y APLIHORSA se intercambian diversos correos electrónicos a lo largo del mes de abril⁵⁶ (folios 2939 a 2970), y plantean una reunión para el mes de mayo en Madrid (folio 2971).

En este mismo año 2011 se pacta, en el seno de los acuerdos, que ADHORNA, PREPHOR y ROMERO HORMELEC **acudan en UTE a las subastas**. Así, con fecha 27 de septiembre de 2011, tiene lugar en Burgos una reunión a la que acuden [XXX,XXX, XXX, XXX, XXX, XXX y XXX], en la que se comenta la posibilidad de que varias empresas del acuerdo acudan formando una Unión Temporal de Empresas (UTE) a las futuras subastas de Telefónica (folios 3129 a 3133).

52 Correo electrónico remitido el día 2 de julio de 2010 por [XXX, XXX, XXX, XXX, XXX y XXX]

53 Consta únicamente la convocatoria de reunión en un correo electrónico, si bien no se ha podido obtener acta de reunión.

54 Consta únicamente la convocatoria de reunión en un correo electrónico, si bien no se ha podido obtener acta de reunión.

55 Consta únicamente la convocatoria de reunión en un correo electrónico, si bien no se ha podido obtener acta de reunión.

56 Correos electrónicos enviados con fecha 13 de abril, 15 de abril (2 correos electrónicos) y 18 de abril.

En los años 2012 y 2013, POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, ADHORNA, PREPHOR y ROMERO HORMELEC se mantienen en contacto con el objeto de llegar a un acuerdo sobre los precios a ofrecer en las subastas de E.ON. De la misma manera, POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, ADHORNA, PREPHOR, RUBIERA y ROMERO HORMELEC tratan de llegar a acuerdos sobre las ofertas a presentar en las subastas de Hidroeléctrica del Cantábrico, tal y como se desprende de la documentación recabada.

En relación a las reuniones periódicas, existe constancia⁵⁷ de la celebración de una reunión entre POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, ADHORNA, PREPHOR y ROMERO HORMELEC con fecha 29 de junio de 2012 (folios 4143 a 4144).

En la mencionada reunión de 29 de junio de 2012, de la que existe constancia a partir de un correo electrónico⁵⁸ enviado por [XXX a XXX, XXX, XXX, XXX y XXX], se declara: *"RH mantendrá los precios actuales. Los otros tres irán entre el 3,5% y 4,5% por encima. En el siguiente orden: 2° ADH, 3° PRE y 4° PF. Se contacta con Rubiera (por parte de RH) y se queda en perfilar el tema el lunes día 02/07/2012. Si acepta ir en línea, se le colocará entre PRE y PF, dándole opción a que baje en Gijón, para colocarse a los precios que tiene actualmente. Las listas las preparará [sic] RTH y las enviará a los demás el martes día 03/07/2012."* (folio 4143).

En relación a las subastas, existe constancia de su reparto para la convocada por Hidrocantábrico, de acuerdo con un correo electrónico enviado por [XXX a XXX, XXX, XXX, XXX y XXX] con fecha 3 de julio de 2012, en el que se establece:

"Adjunto cuadro de precios para la oferta de HC, como quedamos. Rubiera me ha remitido su oferta, manteniendo los precios que tiene actualmente. Os la adjunto también, para compartir la información. Observar que ponen, en su oferta, que los precios son "sobre camión en fábrica". Los precios están en línea con los nuestros y resultan, en el conjunto de tipos que ellos ofertan, un 0,72% por encima de los nuestros" (folio 4145).

Acuerdos relativos a tapas, arquetas edificios para subestaciones y cámaras

POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, POSTES NERVIÓN/ADHORNA, ROMERO HORMELEC, PREPHOR y BUPRE han llevado a cabo acuerdos sobre productos diferentes a los postes de hormigón, en particular sobre edificios para subestaciones, tapas, cámaras y arquetas.

En 1998, POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN y PREPHOR suscriben un acuerdo formal, de diez años de duración, sobre precios, reparto de pedidos e intercambio de información sobre existencias de arquetas y cámaras.

⁵⁷ Acta de reunión recabada en formato electrónico en la sede de Madrid de POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN y a la que acudieron [XXX, XXX, XXX y XXX]. No acude [XXX], quedando constancia de que "acatará decisiones de ADH".

⁵⁸ Correo electrónico remitido el 2 de julio de 2012 por [XXX] para [XXX, XXX, XXX, XXX y XXX] incluyéndose como adjunto el acta de la reunión.

En 1998 POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN y PREPHOR suscriben un acuerdo formal, de diez años de duración, sobre precios, reparto de pedidos e intercambio de información sobre existencias de arquetas y cámaras. En el mismo se estipulaba el reparto de los pedidos a partes iguales y se fijaban los precios a aplicar a lo largo de diez años (folios 1491 a 1494).

Entre 2004 y 2012 se llevan a cabo acuerdos e intercambios de información comercial sobre tapas y arquetas entre distintas empresas que operan en el sector de prefabricados de hormigón. Estos acuerdos comprenden la fijación de precios y condiciones comerciales y el reparto de mercado.

Los intercambios de información acordados se llevaron a la práctica, como acredita el correo electrónico enviado el día 8 de julio de 2004 por [XXX a XXX, XXX y XXX], en el que se incluye un cuadro de ofertas de arquetas como modelo para las demás empresas (folios 3217 a 3218).

A finales del mes de agosto de 2004, POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, PREPHOR y POSTES NERVIÓN intentan confirmar fecha para una nueva reunión⁵⁹ (folios 3239 a 3240).

Las citadas empresas continúan reuniéndose en 2004, según correo electrónico obtenido en la sede de Madrid de POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, el 13 de octubre (folio 3247) y el 9 de diciembre (folio 3288), ambos enviados por [XXX a XXX, XXX y XXX].

Las empresas POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, PREPHOR y ADHORNA fijan en el año 2006 los precios a los que concursar en las subastas de la siguiente manera: en un primer momento, los participantes en el acuerdo aprueban, por un lado, un reparto aleatorio de números entre las cuatro participantes; por otro lado, unas listas de tarifas, cuyo reparto queda pendiente de los resultados del sorteo de la Lotería Nacional que se celebre en esos días. En función de dicho resultado, se asignarían las listas de tarifas previamente acordadas.

Con fecha 1 de febrero de 2007, POSTES NERVIÓN⁶⁰ envía un correo electrónico a [XXX, XXX, XXX y XXX] adjuntando diversas tablas organizativas de la próxima subasta con los nombres "SUBASTA" y "ARQUETAS 2007" (folios 3695 a 3698).

Los contactos continúan, como muestra un correo electrónico enviado por [XXX a XXX, XXX, y XXX] el día 2 de febrero de 2007 relativo a la subasta de arquetas de Telefónica, en el que se adjuntan tablas con los precios de cuatro participantes desglosados por tipos de arquetas, con 18 movimientos e instrucciones sobre las llamadas que hay que realizar tras los diferentes movimientos (folios 3708 a

59 De acuerdo con un correo electrónico remitido el 30 de agosto por [XXX a XXX y XXX] en el que se refleja: "No puedo estar el Martes día 7 para la reunión de arquetas. ¿Podría ser el jueves día 9? Decidme algo. Un abrazo. XXX". La fecha se fijó finalmente para el día 6 de septiembre: "Confirmo la fecha de la reunión para el día 6 a las 12 h. (...)"

60 Correo electrónico remitido por dirgen@postesnervion.es

3732). El 11 de marzo de 2008 [XXX] envía un correo electrónico a [XXX, XXX, XXX y XXX] adjuntando un cuadro bajo el título "TAPAS 2008" (folio 3814).

En el año 2010, constan intercambios de precios de tapas en un correo electrónico enviado por [XXX a XXX] el día 15 de junio, en respuesta a un correo electrónico anterior en el que Celso decía "*Envíame precios tapas a presentar mañana día 16/06/10*" (folio 2680).

Con fecha 9 de junio de 2011, [XXX] envía un correo electrónico a [XXX, XXX y XXX] incluyendo el acta de una reunión celebrada en Burgos el día anterior. En la misma, se recogen los precios que BUPRE deberá cargar a sus clientes, así como el hecho de que esta empresa quedará fuera del mercado de arquetas a particulares, a cambio de que ADHORNA y PREPHOR le compren las tapas de hormigón siempre a ellos (folios 4088 a 4089).

Ya en 2012, en un correo electrónico hallado en ADHORNA, de fecha 20 de julio, [XXX] le pide a [XXX] los precios de las tapas de hormigón a presentar a Telefónica: "*Presentar oferta tapas T, para el lunes día 23 a las 10 horas. Me dices algo*". (folio 4177).

La respuesta a la petición no se hace esperar, recibiendo [XXX] un correo electrónico de [XXX] ese mismo día con instrucciones: "*Presenta la oferta inicial (un euro arriba) del concurso anterior y para la subasta hablamos. Un saludo*" (folio 4178).

Unos días después, el 27 de julio de 2012, [XXX] envía un correo electrónico a [XXX y XXX y XXX], incluyendo diversas tablas con los precios de las tapas para la subasta de Telefónica de las empresas PREPHOR, ELIFSA y ADHORNA (folios 4180 a 4184).

POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, PREPHOR y ADHORNA llegan a acuerdos relativos a cámaras de hormigón y edificios prefabricados para subestaciones en el periodo 2005 - 2007

POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, PREPHOR y ADHORNA llevan a cabo controles de las cámaras a vender y en qué lugares, a través de tablas uniformadas. Por ejemplo, el día 28 de enero de 2005, [XXX envía a XXX y XXX] una tabla en la que se especifican las diferentes obras que se van a llevar a cabo y la empresa que debe lograr la adjudicación de la misma (folios 3312 a 3313). El mismo tipo de tablas se han encontrado en otros correos y fechas, como por ejemplo en el correo electrónico de fecha 5 de marzo de 2007 enviado por [XXX a XXX, XXX a XXX] (folios 3738 a 3742).

Las empresas fijan también los precios durante el año 2006. Por ejemplo, en el folio 3580, recabado en formato electrónico en la sede de Madrid de POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, [XXX le comenta⁶¹ a XXX y XXX y XXX]: "*En*

⁶¹ Correo electrónico remitido el día 12 de julio de 2006.

la Reunión del próximo día 26, si os parece bien, hablamos de poner en marcha los nuevos precios de cámaras, para que entren en vigor a partir del 01/08/06."

Ya en el año 2007, constan intercambios de precios y repartos de mercado para cámaras y arquetas, así como diversas reuniones sobre esta materia mantenidas entre [XXX, XXX, XXX y XXX (folios 3708 a 3732, 3764 a 3767, 3771, 3792 a 3795).

Así, por ejemplo, el día 6 de marzo de 2007, [XXX envía a XXX y XXX un correo electrónico mostrando su descontento por el incumplimiento de lo acordado: "*En lo que he mirado en ventas el n° 3 ha vendido 9 camaras adjudicadas al n° 2 (157 y 584) y 4 camaras adjudicadas al n° 1 (568).*

Revisando el listado la 617 y la 627 es la misma obra. y hay 2 obras que estan en listados anteriores el Juncal 452 y el vivero 488. Haz el nuevo reparto considerando lo anterior y mandanoslo para la aprovacion. Convendria que los n° de oferta sean correlativos como hasta ahora" (folio 3743).

Acuerdos e intercambios de información entre POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN y ROMERO HORMELEC

ROMERO HORMELEC y POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN llevan a cabo contactos al margen de las demás empresas incoadas. En numerosas ocasiones, se intercambian información comercial, relativa a precios y cuotas de mercado. En otros casos, se trata de conversaciones dirigidas a fortalecer su posición frente a los demás participantes en los acuerdos antes descritos. Por último, ROMERO HORMELEC y POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN tienen contactos en el marco de discusiones sobre la viabilidad de la primera, y como consecuencia intercambian información comercial y financiera desagregada.

ROMERO HORMELEC y POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN llevan a cabo intercambios de información comercial relativa a precios y cuotas de mercado y, en relación al mercado de postes en Cataluña, concluyen acuerdos sobre precios, condiciones comerciales y reparto territorial del mercado.

Los contactos bilaterales entre ROMERO HORMELEC y POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN se remontan, al menos, al año 2006, como queda acreditado por el correo electrónico enviado el 5 de marzo por [XXX a XXX], bajo el título "OFERTA CAMARAS", adjuntando un documento consistente en cuadros con las ofertas de cámaras (folio 3515 a 3516).

Ya en 2008, el día 11 de marzo, Fernando Arroyo envía un correo electrónico a Raimundo Arbide conteniendo lo siguiente: "*Lo mismo que me has dado precio para el 8-160 (centrifugado), por favor, dime los precios del 8-400, 9-160, 9-400, 10-160 y 10-400 (centrifugados), y si en armado vibrado serían los precios de estos postes similares a los que fabricamos actualmente"* (folio 3812).

Comienza el año 2010 con nuevas reuniones y acuerdos entre las dos empresas. Así, con fecha 8 de marzo de 2010 [XXX] envía un correo electrónico a [XXX] en el que se menciona una reunión entre ambos: "*En relación con vuestra prevista visita a Zaragoza del próximo Viernes te informo, por si os viniera mejor a Enrique o a ti, que la próxima semana voy a estar (...) en Madrid, (...), del Martes al Jueves. Por ello, si os viniera mejor, podríamos reunirnos en Madrid cualquiera de esos días*" (folio 3204).

Ya en 2011, ROMERO HORMELEC y POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN continúan sus contactos, celebrándose reuniones e intercambiando precios (folio 3971).

ROMERO HORMELEC y POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN llevan a cabo contactos con el objeto de fortalecer su posición frente al resto de participantes en los acuerdos antes descritos.

ROMERO HORMELEC y POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN también discuten las conversaciones mantenidas con otros miembros del grupo, como muestra el correo electrónico enviado por [XXX] el día 2 de diciembre de 2008, en el que adjunta un resumen de la conversación mantenida con XEIXALVO en el marco de los acuerdos alcanzados entre POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, ROMERO HORMELEC, ADHORNA, PREPHOR, XEIXALVO y APLIHORSA (folios 3874 a 3875).

[CONFIDENCIAL]

Las reuniones continúan en 2011, como muestran los correos electrónicos intercambiados entre ambas empresas para celebrar un nuevo encuentro el día 22 de marzo (folios 3974 a 3975).

El 27 de junio de 2012, [XXX] envía un correo electrónico a [XXX] poniendo en común la estrategia a seguir para el próximo concurso de Hidroeléctrica del Cantábrico. En particular, el correo recoge lo siguiente: "*Buenos días [XXX]: Este Viernes nos reunimos en vuestra oficina de Madrid Celso y yo con XXX, XXX y XXX para tratar sobre el Concurso de Hidroeléctrica del Cantábrico A XXX y XXX les hemos dicho que PF ha recibido también la invitación para concursar, aunque no sea cierto, con la intención de que si llegamos a algún tipo de acuerdo de reparto, nos toque más y podamos defender con vuestro apoyo nuestras posiciones. Te lo advierto para evitar que en alguna conversación tuya con XXX o XXX les digas que no os han invitado y se descubra el engaño*". (folio 4141).

ROMERO HORMELEC y POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN llevan a cabo contactos relativos a la situación económica de la primera a partir de 2011. En el contexto de estos contactos se intercambian información desagregada, tanto comercial como financiera.

[CONFIDENCIAL]

CONCLUSIÓN

A la vista de los hechos descritos en este apartado, resulta evidente que las entidades POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, ROMERO HORMELEC, ADHORNA PREFABRICACIÓN, PREPHOR, XEIXALVO, APLIHORSA, RUBIERA y BUPRE, han llevado a cabo durante los años 1985 a 2013 una práctica contraria a las normas de competencia consistente en la realización de varias conductas en el mercado de fabricación y venta de prefabricados de hormigón.

Las conductas habrían consistido en i) acuerdos de fijación de precios, ii) intercambio de información sensible, iii) el reparto de mercado y iv) el reparto de subastas, en relación con varios productos del mercado de prefabricados de hormigón.

Así, las entidades POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, ROMERO HORMELEC, ADHORNA PREFABRICACIÓN y PREPHOR, habrían llevado a cabo las conductas descritas en relación con los siguientes productos de prefabricados de hormigón: **postes, tapas, cámaras y arquetas**.

Idénticas conductas a las anteriores se habrían llevado a cabo por las entidades XEIXALVO y APLIHORSA, si bien únicamente en relación con los productos de **postes de hormigón**. En el caso de RUBIERA, habría participado en prácticas consistentes en el intercambio de información comercial al objeto de participar en una subasta de la empresa Hidroeléctrica del Cantábrico, habiendo tal empresa remitido sus precios, y siendo éstos compartidos por ROMERO HORMELEC.

Por su parte, la entidad BUPRE habría participado en las citadas conductas, a excepción del reparto de clientes, pero únicamente en relación con **tapas y arquetas** a través de las reuniones periódicas mantenidas durante, al menos, 2011 y 2012.

A continuación se muestra un cuadro resumen que expresa la participación de cada una de las empresas en las conductas descritas.

EMPRESA	CONDUCTA	PRODUCTO	PERIODO
POSTELECTRÍCA	Fijación de precios Intercambio de información Reparto de mercado	Postes, tapas, cámaras, arquetas	1985 a 2013
	Reparto de subastas	Postes tapas, arquetas	1993 a 2013

ROMERO HORMELEC	Fijación de precios Intercambio de información Reparto de mercado	Postes, tapas, cámaras, arquetas	1985 a 2013
	Reparto de subastas	Postes tapas, arquetas	1993 a 2013
ADHORNA	Fijación de precios Intercambio de información	Postes tapas, arquetas	1985 a 2013
	Reparto de subastas		1993 a 2013
	Reparto de mercado	Postes, tapas, cámaras, arquetas	1985 a 2013
PREPHOR	Fijación de precios Intercambio de información	Postes, tapas, cámaras, arquetas	1985 a 2013
	Reparto de mercado	Postes tapas, arquetas	1985 a 2013
	Reparto de subastas		1993 a 2013
XEIXALVO	Fijación de precios Intercambio de información Reparto de mercado	Postes	1988 a 2011
	Reparto de subastas		1993 a 2011
APLIHORSA	Fijación de precios Intercambio de información Reparto de mercado Reparto de subastas	Postes	2009 a 2011
BUPRE	Fijación de precios Intercambio de información Reparto de subastas	Tapas, arquetas	2011 y 2012
RUBIERA ⁶²	Intercambio de información	Postes	2012

⁶² La participación de Rubiera en el cártel ha quedado acreditada de manera muy puntual, sin que existan correos directos entre la citada empresa y el resto de participantes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 4 de junio de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, del Ministerio de Economía y Competitividad, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC. Según la disposición adicional segunda de la misma Ley *“las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]”* y *“Las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Competencia se entenderán realizadas a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, 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 la 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. OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE

El Consejo en este expediente debe resolver, sobre la base de la instrucción realizada por la Dirección de Competencia que se recoge en el Informe y Propuesta de Resolución, si las prácticas investigadas constituyen una infracción única y continuada contraria al derecho de la competencia, prohibida por el artículo 1 de la Ley 110/1963, artículo 1 de la Ley 16/1989 y el artículo 1 de la Ley 15/2007, consistente 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.

Por lo que respecta a la normativa nacional aplicable, se trata en el presente expediente de prácticas realizadas durante la vigencia de la la Ley 110/1963, de la Ley 16/1989 y de la LDC, que prohíben los acuerdos que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de fijar, de forma directa o indirecta, los precios u otras condiciones comerciales o de servicio en todo o en parte del mercado nacional, así como los acuerdos de reparto de mercado o de las fuentes de aprovisionamiento, oponiéndose a cualquier toma de contacto directa o indirecta entre competidores que tenga por objeto o efecto influir en la conducta

de un competidor real o potencial, o desvelar a dicho competidor el comportamiento que se haya decidido adoptar o se tenga la intención de adoptar en el mercado.

Concretamente, las conductas referidas a los acuerdos relativos a la venta de postes de hormigón prefabricados que tuvieron lugar hasta 1988 incluido, se enmarcan en el artículo 1 de la Ley 110/1963; los acuerdos relativos a la venta de postes de hormigón prefabricados, edificios para subestaciones, tapas, arquetas y cámaras, así como las conductas bilaterales llevadas a cabo por ROMERO HORMELEC y POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, acaecidas entre 1989 y 2006, incluidos, se enmarcan en el artículo 1 de la Ley 16/1989; por último, los acuerdos relativos a la venta de postes de hormigón prefabricados, edificios para subestaciones, tapas, arquetas y cámaras, así como las conductas bilaterales llevadas a cabo por ROMERO HORMELEC y POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, llevados a cabo a partir de 2007, incluido, se enmarcan en el artículo 1 de la vigente LDC.

Así pues, como se ha señalado en ocasiones anteriores, resultaría indiferente aplicar uno u otro precepto legal debiendo optarse por una de las citadas leyes, si bien, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, deberá ser aquella que sea más beneficiosa para el infractor en el caso concreto, conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable.

Sin perjuicio de que la conducta regulada por el artículo 1 de las citadas Leyes sea la misma, de acuerdo con los precedentes de la extinta CNC, también en este caso el régimen sancionador diseñado por la Ley 15/2007 es, desde un punto de vista global, más favorable a los infractores que el contemplado por las otras leyes citadas.

Esta aplicación más favorable de la Ley 15/2007 ha sido reconocida en anteriores ocasiones por el Consejo de la CNC⁶³ y de la CNMC⁶⁴ y por la Audiencia Nacional, que en su reciente Sentencia de 2 de abril de 2014 (recurso 194/2011, de L'OREAL ESPAÑA S.A. Y L'OREAL S.A.)⁶⁵, ha señalado lo siguiente:

“En el siguiente motivo afirma la actora que la CNC ha realizado una indebida aplicación retroactiva de la Ley 15/2007. Frente a ello conviene destacar que la

63 Resoluciones del Consejo de la CNC de 12 de noviembre de 2009, Expte. S/0037/08, Compañías de Seguro Decenal; de 21 de enero de 2010, Expte. S/0085/08, Fabricantes de Gel; de 12 de abril de 2010, Expte. S/0059/08 ANAGRUAL; de 17 de mayo de 2010, Expte. S/0106/08 Almacenes de Hierro; de 28 de julio de 2010, Expte. S/0091/08, Vinos Finos de Jerez; de 31 de julio de 2010, Expte. S/0120/08, Transitarios; de 2 de marzo de 2011, Expte. S/0086/08, Peluquería Profesional; de 24 de junio de 2011, Expte. S/0185/09, Bombas de Fluidos; de 26 de octubre de 2011, Expte. S/0192/09 Asfaltos; de 10 de noviembre de 2011, Expte. S/024/10 Navieras Ceuta-2; de 23 de febrero de 2012, Expte. S/0244/10, NAVIERAS BALEARES y de 15 de octubre de 2012, Expte. S/0318/10, Exportación de sobros.

64 Resoluciones de la CNMC de 12 de junio de 2014 (Expte. S/0444/12 GEA) y de 22 de septiembre de 2014 (Expte. S/0428/12 PALÉS).

65 En términos parecidos se pronuncia también la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de abril de 2014 (recurso 572/2010, de RHENUS IHG IBERICA, S.A.).

conducta imputada se habría iniciado el 8 de febrero de 1989, se habría prolongado durante la vigencia de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y habría continuado bajo la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2007, hasta el 28 de febrero de 2008.

Puesto que la incoación del expediente se produjo el 16 de junio de 2008, su tramitación se ha realizado conforme a las normas procesales de la Ley 15/2007, pues así resulta, sensu contrario, de lo establecido en la Disposición Transitoria Primera del citado texto legal, en el que se señala que “Los procedimientos sancionadores en materia de conductas prohibidas incoados antes de la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio.”

Pero en cuanto al derecho material, debe señalarse que sin perjuicio de que la conducta regulada por el artículo 1 de ambas leyes sea idéntica, lo cierto es que el régimen sancionador diseñado por la Ley 15/2007, es, desde un punto de vista global, más favorable a los infractores que el contemplado por la anterior Ley 16/1989. Así resulta, entre otros elementos de juicio, del sistema de graduación de las infracciones inexistente en la legislación anterior, del establecimiento de topes máximos al importe de algunas sanciones de cuantía inferior al general previsto por el artículo 10 de la Ley 16/1989, de la reducción de los plazos de prescripción para algunas de las conductas tipificadas o de la especialmente destacable en este supuesto la posibilidad, común a todos los que hayan participado en un cártel, de solicitar la exención o reducción de la sanción.

Por tanto, como quiera que ambas leyes sancionaban exactamente las mismas conductas, el tratamiento de éstas es idéntico así como la cuantificación de la multa, pues en ambas se señala que la cuantía podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal, no se puede afirmar que la nueva Ley sea más perjudicial para la actora que la antigua”. (Subrayado añadido)

En atención a ello, la Ley 15/2007 es la norma aplicable al presente procedimiento sancionador.

TERCERO. VALORACIÓN JURÍDICA DEL ÓRGANO INSTRUCTOR

En aplicación del artículo 50.4 de la LDC, una vez finalizada la instrucción del expediente, la Dirección de Competencia ha propuesto a esta Sala lo siguiente:

“Primero. Que se declare la existencia de conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 110/1963, la Ley 16/1989 y de la Ley 15/2007, consistentes en una infracción única y continuada que englobaría prácticas de fijación de precios, reparto de mercado, acuerdos de repartos de subastas e intercambios de información comercial sensible.

Segundo. Que se declare responsable de dicha infracción a las empresas ADHORNA PREFABRICACION S.A., ROMERO HORMELEC S.A.,

POSTELECTRICA FABRICACION, S.A., PREFABRICADOS Y POSTES DE HORMIGON S.A., APLICACIONES DEL HORMIGON S.A., POSTES XEIXALVO S.L., BUPRE, S.L y RUBIERA PREDIS A S.L, cuya responsabilidad individual concreta ha quedado delimitada en el apartado V de esta Propuesta.

Tercero. Que la conducta prohibida se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la LDC.

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

Si bien se trata de una infracción única y continuada, ha sido posible acreditar la participación concreta de cada una de las entidades en las conductas descritas. Así, la Dirección de Competencia considera que la responsabilidad de cada una de las empresas en las conductas objeto de este expediente quede individualizada de la siguiente manera:

POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN

Particularmente por 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, cámaras 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.

ROMERO HORMELEC

Tanto por sus propias actuaciones como por las anteriores llevadas a cabo por POSTES ROMERO S.A. y HORMIGÓN Y ELECTRICIDAD S.A., y particularmente por 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, cámaras 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.

ADHORNA PREFABRICACIÓN

Tanto por sus propias actuaciones como por las anteriores llevadas a cabo por POSTES NERVIÓN, y muy particularmente por las prácticas consistentes en:

Acuerdo de fijación de precios de postes de hormigón, tapas 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 y arquetas 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, cámaras 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.

PREPHOR

Particularmente por 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.

XEIXALVO

Particularmente por las prácticas consistentes 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.

APLIHORSA

Particularmente por las prácticas consistentes en:

Acuerdo de fijación de precios de postes de hormigón, a través de las reuniones periódicas mantenidas desde, al menos, 2009, 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, 2009, 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 Telefónica, de los productos de postes de hormigón desde, al menos, 2009, 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, 2009, y hasta 2011, como coautora de los hechos por las actuaciones de centralización, coordinación y difusión de información entre las demás empresas participantes.

RUBIERA

Particularmente por las prácticas consistentes en el intercambio de información comercial sensible a través de su envío a ROMERO HORMELEC al menos en 2012.

La participación de RUBIERA en el cártel ha quedado acreditada en todo caso de manera muy puntual, sin que existan correos directos entre la mencionada empresa y el resto de las participantes.

BUPRE

Particularmente por las prácticas consistentes en:

Acuerdo de fijación de precios de tapas y arquetas a través de las reuniones periódicas mantenidas durante, al menos, 2011 y 2012, 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, para tapas y arquetas de hormigón, a través de las reuniones periódicas mantenidas durante, al menos, 2011 y 2012, 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 los productos de tapas y arquetas de hormigón durante, al menos, 2011 y 2012, como coautora de los hechos por las actuaciones de centralización, coordinación y difusión de información entre las demás empresas participantes.

La Dirección de Competencia considera que la adopción de las distintas prácticas colusorias desarrolladas por las empresas imputadas, que se adaptaban en el tiempo en función de las circunstancias del mercado -observándose durante su vigencia acuerdos sucesivos para la fijación del precio, el reparto de mercado, e intercambio de información comercial sensible para los productos de postes, tapas, arquetas y cámaras de hormigón, así como para el reparto de subastas para productos de postes, tapas y arquetas de hormigón-, debe considerarse como una infracción única, compleja y continuada, desde, al menos, el año 1985 hasta el año 2013.

Según señala la Dirección de Competencia, ha quedado acreditado en el expediente que la concertación y coordinación de actuaciones entre las entidades incoadas se remonta, al menos, al año 1985, siendo continuada esta infracción desde dicho momento hasta 2013. Las empresas del cártel han tenido diferente participación en función de su presencia en todos o en algunos de los mercados afectados por el cártel (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.

En este supuesto nos encontramos ante unas prácticas prohibidas por el artículo 1 de las citadas Leyes, que entran dentro de la definición de cártel, en cuanto que el objeto de dichas prácticas consistió en la adopción de acuerdos secretos entre las empresas participantes en el cártel. Las mencionadas empresas eran conscientes del carácter ilícito de sus actos, tal y como manifiestan en diversas ocasiones.

Los acuerdos alcanzados se centran en:

Fijación de precios, intercambios de información comercial sensible (clientes, productos fabricados y precios, entre otros), reparto de subastas, fijación de compensaciones laterales y fijación de cuotas, relativos al mercado de postes de

hormigón prefabricados, entre POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, ADHORNA PREFABRICACIÓN, ROMERO HORMELEC, PREPHOR, XEIXALVO, APLIHORSA y RUBIERA, desde 1985 hasta 2013.

Fijación de precios, intercambios de información sensible y reparto de subastas, entre POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, ADHORNA, PREPHOR y BUPRE, desde 1998 hasta 2013.

Acuerdos bilaterales entre ROMERO HORMELEC y POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, entre 2006 y 2013.

En relación con la Unión Temporal de Empresas formada en el año 2011 por ADHORNA, PREPHOR y ROMERO HORMELEC, tenía por objeto acudir a una subasta de Telefónica, acordándose los precios a los que concurrir de acuerdo con las demás empresas que formaban parte del cártel, y al objeto de fijar los precios del mercado y repartirse el mismo. Este acuerdo de cooperación horizontal en el año 2011 entre ADHORNA, PREPHOR y ROMERO HORMELEC, para el que ha quedado acreditada su aplicación, debe considerarse una restricción a la competencia que forma parte del plan común que venían desarrollando estas empresas.

En cuanto a los efectos sobre el mercado provocados por los acuerdos objeto de este expediente, según la propuesta de resolución, éstos son indudables ya que, como las propias participantes reconocen, los mismos estuvieron en vigor durante al menos parte del tiempo del periodo que se considera, con altibajos, tal y como queda recogido en el expediente. A esto se añade el hecho de que las empresas incoadas controlan el 60% del mercado de fabricación de postes de hormigón en España.

Con ello, se habrían limitado las posibilidades de los demandantes en este mercado de acceder a mejores precios y condiciones, habiéndose distorsionado completamente el proceso competitivo que se persigue con las licitaciones y subastas para la contratación de suministros. Todo ello en un período suficientemente largo como para generar un efecto estructural en este mercado y con la amenaza creíble de ejercer un boicot sobre las empresas que pudieran desviarse, lo que sin duda habría reforzado y asegurado los efectos de los acuerdos alcanzados.

En lo que se refiere a la calificación de las conductas como una infracción única y continuada, la Dirección de Competencia justifica tal calificación por la 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 es cierto que los instrumentos y medios utilizados han ido variando y en cierta medida reforzándose con el paso del tiempo, tal y como se ha analizado anteriormente, no lo es menos que las conductas se han realizado con un objeto y sustrato idéntico.

La Dirección de Competencia considera que nos encontramos ante una infracción del artículo 62.4 a) de la LDC, que establece que “*Son infracciones muy graves:*

El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas que no sean competidoras entre sí, reales o potenciales”. Es por ello que las conductas acreditadas se consideran una infracción muy grave a efectos de lo establecido en la LDC.

CUARTO. ALEGACIONES PRESENTADAS A LA PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

Con fecha 24 de junio de 2014, la Dirección de Competencia adoptó la Propuesta de Resolución del procedimiento, conteniendo una propuesta de sanción por infracción del artículo 1 de la Ley 110/1963, del artículo 1 de la Ley 16/1989 y del artículo 1 de la LDC.

Han presentado alegaciones a la Propuesta de Resolución las entidades XEIXALVO, ADHORNA, APLIHORSA, PREPHOR, ROMERO HORMELEC, POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, RUBIERA y BUPRE, conteniendo alguno de los escritos una solicitud de práctica de prueba, así como la petición de declaración de confidencialidad de parte de la información contenida en los mismos.

4.1. Sobre la acreditación de los hechos y la responsabilidad individual de las empresas

4.1.1. Alegaciones de XEIXALVO

XEIXALVO manifiesta que no participó en las conversaciones relativas a tapas, arquetas y cámaras descritas en la Propuesta de Resolución, y que tampoco intervino en las conversaciones entre POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN y ROMERO HORMELEC relativas a cámaras, postes centrifugados y arquetas en el área de Cataluña. En este sentido, la entidad señala que suministra postes en el área de Galicia y aunque su principal cliente centraliza las compras desde Madrid, los postes suministrados por XEIXALVO a este cliente se utilizan en obras en el área de Galicia y la provincia de León.

Asimismo, la entidad señala que su participación en la supuesta infracción relativa a los postes de hormigón ha sido sustancialmente más limitada que la de las otras empresas, habiendo estado ausente en varias reuniones y sin que haya tenido un papel activo en la organización de las mismas ni en las conversaciones, ni en su ejecución.

Respuesta de la Sala de Competencia

En lo que respecta a la participación de XEIXALVO en conductas relativas a cámaras, arquetas y tapas, esta Sala debe recordar a la citada entidad que no se le ha imputado responsabilidad por tales conductas en relación con los citados productos de hormigón, sino que su responsabilidad deriva de su participación en

acuerdos sobre postes, tal como determina inequívocamente la Propuesta de Resolución elevada a esta Sala y notificada a XEIXALVO (página 135, apartado 169, folio 8328 de la PR).

Por otro lado, en lo que se refiere a su participación en las conductas que se le imputan, existen en el expediente hechos suficientes que acreditan que XEIXALVO participó en los acuerdos sobre postes desde 1988 hasta 2011.

La no asistencia a una reunión particular, dentro del periodo en el que se llevan a cabo las conductas anticompetitivas que se le imputan, no indica en modo alguno que XEIXALVO no estuviese participando activamente en el cártel o que su participación en él fuera limitada, constando en el expediente elementos probatorios más que suficientes que acreditan su participación en el mismo durante ese periodo⁶⁶. De hecho, dada la extensa duración de la infracción única y continuada imputada, lo razonable es que pudiera producirse alguna ausencia en alguna de las múltiples reuniones mantenidas a lo largo de todo ese período por parte de alguno de los integrantes del cártel, como es el caso de la reunión de abril de 2011 a la que no asistió XEIXALVO, aunque estaba perfectamente informada de la convocatoria, el objetivo y el resultado alcanzado en la misma.

El hecho de que una empresa no haya participado en todos los elementos constitutivos de una práctica colusoria, o que haya desempeñado un papel menor en los aspectos en los que haya participado, únicamente sería relevante para graduar la sanción que le correspondería, pero en ningún caso implicaría un supuesto de inimputabilidad de la conducta.

En este sentido, la Resolución de 28 de julio de 2010 del Consejo de la CNC, sobre el expediente S-0091/08 Vinos finos de Jerez indica que: "*[...] los acuerdos de cártel responden en su mayoría a un conjunto de acuerdos, más o menos complejos, y en los que las responsabilidades de sus miembros no tienen por qué ser las mismas, ni en cuanto a duraciones, ni en cuanto al papel jugado por cada uno de sus miembros. En cárteles de larga duración, como el presente, es natural que puedan producirse tanto incorporaciones al mismo como abandonos, así como que unos sean inductores o instigadores mientras que otros actúen solo como comparsas. Es obligación de las autoridades de competencia destacar tales diferencias si es que de hecho existen, pues si bien dichas diferencias no afectan a la acreditación de la infracción, si afectan a la sanción que cada una de las imputadas pueda merecer.*"

Igualmente, la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Sexta ampliada) de 16 junio 2011, en el asunto T-240/07 Heineken Nederland/Comisión señala que: "*(195) Cabe recordar, a este respecto, que según reiterada jurisprudencia, cuando una empresa ha asistido, aun sin desempeñar un papel activo, a una reunión durante la cual se ha evocado una concertación ilícita, se*

⁶⁶ Ver referencias a XEIXALVO en los hechos acreditados de la presente Resolución. Entre los hechos acreditados constan, entre muchos otros, acuerdos en los que ha participado XEIXALVO en los folios 737 a 740, 774, 785, 812, 2971 y 3362.

considera que ha participado en dicha concertación, a menos que pruebe que se apartó claramente de ella o que informó a los demás participantes de que tenía intención de asistir a la reunión de que se tratara con una óptica distinta de la suya (véase la 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, apartado 3199 y jurisprudencia citada). (Subrayado añadido)

Finalmente, en relación con el ámbito geográfico de actuación de la entidad, el Consejo de la CNC ha señalado en su Resolución de 12 de enero de 2012 (expediente S/0179/09 Hormigón y productos relacionados) que el hecho de que alguna de las empresas incoadas no operen en todas las zonas delimitadas por el cártel no excluye su responsabilidad en el mismo:

“Por lo señalado, el hecho de que algunas de las empresas imputadas no operen en todas las zonas delimitadas por el cartel o no produzcan los tres productos afectados por la infracción, no supone ningún obstáculo a la conclusión de que todas ellas son autores de una única infracción de cartel del art. 1 de la LDC, en la medida en que sus respectivas responsabilidades por la infracción de aquel precepto legal sea individualiza conforme a lo que está acreditado en el expediente”.

Se desestiman, por tanto, las alegaciones de XEIXALVO ya que ha quedado acreditada su participación en las conductas que se le imputan y no hay hechos que evidencien una postura inequívoca de rechazo de los acuerdos y conductas llevados a cabo por la entidad.

4.1.2. Alegaciones de ADHORNA

ADHORNA clarifica que la única actividad de las que realiza que estaría relacionada con la presente investigación es la relativa a la producción y venta de postes, arquetas y tapas de hormigón para los clientes institucionales (tanto del sector eléctrico como del sector de las comunicaciones), con total exclusión tanto de la obra civil como de las actividades relacionadas con el sector industrial.

Por lo tanto, aunque ADHORNA estaría presente en el sector de la obra civil (esta actividad representó en 2013 el 39% de las ventas de ADHORNA), según la entidad queda claro que dichas actividades no forman parte del perímetro de la investigación de la CNMC.

Respuesta de la Sala de Competencia

Cuestión idéntica ya fue respondida por la Dirección de Competencia en la Propuesta de Resolución, en la que manifestaba lo siguiente:

“En primer lugar, esta Dirección no entiende esta alegación, pues no queda claro en el escrito de alegaciones realizado por ADHORNA, si finalmente se dedica o no también a la obra civil como se señala en el PCH. Parece que sí estaría presente en actividades de obra civil aunque no en los productos de postes, tapas y arquetas para obra civil, lo cual implica que la afirmación del PCH no es completamente incorrecta pues sí está presente en obra civil, aunque en otros productos. En cualquier caso, esta puntualización no altera las conclusiones del PCH ni desvirtúa la imputación realizada por lo ya señalado el apartado III.1.6 en cuanto a la definición de mercados de producto exactos en la infracción de cártel”.

En efecto, cuando se trata de determinar el mercado afectado por conductas como las analizadas en el presente expediente, es criterio de esta Sala considerar que son las propias empresas y entidades las que con sus conductas anticompetitivas determinan el ámbito afectado por la infracción⁶⁷. Es por ello que en el presente procedimiento el mercado definido comprende la fabricación y venta de prefabricados de hormigón, y dentro de ese mercado los segmentos de postes, cámaras, arquetas y tapas. Por tanto, la actividad alegada por ADHORNA quedaría igualmente comprendida en el ámbito de investigación del presente expediente.

De igual forma, respecto al ámbito de su clientela, cabe indicar que el hecho de que una empresa participe más o menos que otra, tanto en ámbito temporal, como geográfico, como en lo referido al tipo de clientes al que han ido dirigidas las prácticas anticompetitivas, no afecta a la calificación de la infracción, sino, en todo caso a la delimitación de la responsabilidad de dicha empresa por la infracción cometida.

4.1.3. Alegaciones presentadas por RUBIERA

Para RUBIERA resulta evidente que, en las circunstancias en que funcionaba la citada entidad, era totalmente absurdo y anómalo llegar a acuerdos con grandes empresas que no eran sus competidoras y con las que no tenía relación alguna, y que los supuestos acuerdos que se relatan en el expediente en nada le beneficiaban ni perjudicaban.

Para la citada entidad, *“lo curioso y sorprendente”* es que la información sensible supuestamente intercambiada por RUBIERA con HORMELEC se fundamenta en correos enviados por ésta a terceros, y no a RUBIERA, lo que pone de manifiesto que no existe en el expediente ninguna prueba que justifique la intervención de RUBIERA en estos hechos, ni tan siquiera en 2012, con la pretensión por parte de la instructora de que sea la supuesta infractora la que acredite unos hechos negativos imposibles de acreditar. La citada entidad considera que por contradecir

67 Expte. S/0380/11 Coches de Alquiler y Expte. S/0428/12 PALÉS.

las más elementales normas del principio probatorio, se debe declarar la nulidad del procedimiento.

Respuesta de la Sala del Consejo

En la documentación recabada por la Dirección de Competencia en las inspecciones, queda sobradamente probada la participación de RUBIERA en el intercambio de información sobre precios a través de ROMERO. Por citar algunos ejemplos, en la oferta remitida por ROMERO a HORMELEC (folios 959-966), incluye la oferta de precios de RUBIERA, que necesariamente ha tenido que obtener de ésta, como de hecho prueba el correo de 3 de julio de 2012 (folio 964) de ROMERO, en el que se lee claramente *“Rubiera me ha remitido su oferta, manteniendo los precios que tiene actualmente”*. Por otro lado, en el acta de la reunión adjunta al correo de 2 de julio de 2012 de ROMERO (folio 966), se lee: *“se contacta con Rubiera y se queda en perfilar el tema el lunes 02/07/2012”*. En otro correo de ROMERO, de 24 de septiembre de 2012 (folios 63), de asunto *“llamada Rubiera”*, se lee: *“me llama Gonzalez, de Rubiera, a las 9,30. Me dice que recibió la semana pasada carta de HC para contraofertar el tema de postes. (...)”*.

Estos hechos, tomados conjuntamente, permiten deducir sin lugar a dudas que RUBIERA transmitió dicha información directamente a ROMERO, de manera que lo relevante a efectos de determinar la existencia de infracción y la responsabilidad de los sujetos infractores no es el origen de la evidencia o prueba de tal infracción, como pretende RUBIERA, sino el contenido irrefutable de la misma.

En este sentido, cabe señalar que los documentos y pruebas obrantes en el expediente han de ser considerados de forma conjunta y, precisamente, esa valoración conjunta es la que ha permitido concluir la existencia de la infracción imputada a RUBIERA.

4.1.4. Alegaciones de APLIHORSA

Según APLIHORSA, la Dirección de Competencia no determina de forma suficiente las concretas conductas que supuestamente ha llevado a cabo la citada entidad en el periodo 2009-2011. Como mucho, señala la entidad, los hechos apuntan a que los pretendidos acuerdos se enfocaron hacia el suministro de postes de hormigón para clientes institucionales, que formarían parte de un segmento de mercado diferenciado, sin que en ningún caso estos hechos acrediten las conductas imputadas.

Respuesta de la Sala de Competencia

Al contrario de lo que señala APLIHORSA, existen sobradas evidencias en el expediente que prueban indubitadamente la participación de la entidad en las conductas que se le imputan durante el mencionado periodo 2009-2011.

En el año 2009, tal y como reconoce la propia APLIHORSA, solo contienen referencias a APLIHORSA los folios del expediente relacionados con las subastas efectuadas por TELEFONICA (página 23 de la presente Resolución). Ahora bien, según se recoge en los folios 3876 a 3879, se circula por correo electrónico enviado por [XXX] a varios remitentes, entre ellos APLIHORSA⁶⁸, un documento adjunto en el que las empresas establecen cómo deben efectuarse las mencionadas subastas. En dicho documento adjunto se constata claramente la participación de APLIHORSA identificada como número 6. Dicha identificación de APLIHORSA con el número 6 (así como del resto de empresas participantes y sus equivalentes numéricos) queda recogida en el folio 941.

En lo que se refiere al año 2010, existen pruebas de 3 correos electrónicos. El primero, de fecha 6 de mayo (folio 3914), de POSTELÉCTRICA a otras 5 empresas incoadas -PREPHOR, XEIXALVO, ROMERO, APLIHORSA y ADHORNA-, en el que se convoca una reunión para el 13 de mayo. El contacto de APLIHORSA, [XXX], se encuentra claramente identificado como destinatario del mismo. El segundo, de fecha 2 de julio (folio 2483-2493), es de ROMERO a las 5 empresas restantes del correo anterior, en el que se dan instrucciones similares a las del año anterior para pujar en la siguiente subasta de Telefónica. En dicho correo electrónico se facilitan los datos de contacto de las diferentes empresas participantes en el acuerdo, pudiéndose identificar también con total claridad a [XXX], de APLIHORSA, además de aparecer expresamente el nombre de APLIHORSA y los precios y coeficientes que le corresponden en las tablas adjuntas. En el tercer correo, de fecha 3 de diciembre de 2010 (folios 2728-2729), también de ROMERO a las otras 5 empresas, se indican las instrucciones para ofertar (*“En esta oferta inicial se ha alterado el orden de forma aleatoria para que no parezca siempre lo mismo”*) y se adjuntan de nuevo tablas con los precios de la oferta inicial identificándose claramente la oferta inicial que ha de presentar cada empresa.

Finalmente, en relación con el año 2011, se dispone en el expediente de tres correos, en los que identifica claramente la participación de APLIHORSA. Uno del 18 de abril (folios 2961-2965), en el que se adjunta propuesta para la reactivación del acuerdo relativo a postes, otro de fecha 29 de septiembre donde se adjunta un acta de la reunión de 27 de septiembre, y por último uno del 7 de junio en el que se adjunta una tabla con los precios de las ofertas para una subasta de Telefónica.

Queda por tanto sobradamente acreditada la participación de APLIHORSA en las conductas que se le imputan durante el mencionado periodo 2009-2011.

4.1.5 Alegaciones de PREPHOR

68 [XXX] era la persona que actuaba en representación de APLIHORSA (folio 764).

Según PREPHOR, en lo que se refiere a los acuerdos e intercambios de información relativos a la venta de postes de hormigón prefabricados, la DC considera que su participación ha quedado acreditada por la inclusión de determinadas iniciales que se incluyen en un anexo del Informe de fecha 24 de octubre de 1985 relativo a precios que, supuestamente, corresponderían a las iniciales de los nombres de las empresas incoadas. PREPHOR entiende que ello no es suficiente para que pueda considerarse probada su participación en la preparación de dicho documento, y ni tan siquiera que PREPHOR tuviera conocimiento de su elaboración. Igualmente, PREPHOR considera que del contenido del informe tampoco se desprende ninguna conducta que pueda considerarse anticompetitiva, teniendo en cuenta que la información contenida en dicho informe no tiene la capacidad de eliminar el habitual grado de incertidumbre en el mercado. En este sentido, la entidad entiende que utilizar el referido Informe de 1985 (del que se desconoce la autoría) como única prueba del inicio de un supuesto cártel del que no se tienen más indicios hasta tres años más tarde, resulta a todas luces excesivo.

En segundo lugar, respecto de las imputaciones de PREPHOR en base a documentos referidos al periodo 1994-2002, según indica la citada entidad, la Propuesta de Resolución considera que su participación se acredita a través de la referencia a un documento manuscrito de 1989 en el que aparece la relación de partícipes, sin demostrar que, más allá de las referencias a PREPHOR, existe realmente una participación de la misma en la preparación de los documentos.

Finalmente, en cuanto al periodo de inactividad de marzo de 2008 a 2011, según la citada entidad la Dirección de competencia se limita a analizar la reunión de 29 de junio de 2012, a la que PREPHOR no asiste y en la que un tercero (ADHORNA) afirma que PREPHOR acatará sus decisiones. A juicio de PREPHOR, el hecho que un tercero afirme que PREPHOR acatará sus decisiones, sin que exista mayor prueba de la referida voluntad de PREPHOR, no puede resultar prueba suficiente.

En lo que se refiere a los acuerdos e intercambios de información relativos a tapas y arquetas, PREPHOR señala que, en las presuntas conductas anticompetitivas efectuadas durante el periodo 2004-2008, de las cuatro reuniones que supuestamente se celebraron en 2004, únicamente consta la convocatoria en correos electrónicos de tres de ellas, sin que se acredite la efectiva celebración ni la participación de PREPHOR en las mismas. Del mismo modo, no se ha acreditado la celebración de ninguna de las reuniones de 2005 en la medida que sólo constan las convocatorias en correos electrónicos en dicho periodo. Por otro lado, a partir de 2006 los correos que figuran en el Pliego y en la PR se basan principalmente en la participación en subastas y, en cualquier caso, la frecuencia de los contactos se limita a correos esporádicos cada varios meses.

Asimismo, la citada entidad indica que a pesar de que la propia DC reconoce la existencia de un lapso temporal entre 2008 y 2011 en el que no aparece ningún correo electrónico de PREPHOR, mantiene la acusación formulada en el Pliego al

considerar que PREPHOR no ha aportado ninguna prueba que permita concluir que no ha participado en dicha conducta. En este sentido, según PREPHOR, es a la Administración actuante a quien corresponde demostrar la existencia de una infracción y la extensión temporal de la misma, sin que pueda exigirse a las partes que sean ellas las que acrediten que no han participado en la misma.

Respuesta de la Sala del Consejo

En relación con los acuerdos e intercambios de información relativos a la venta de postes de hormigón en los que ha participado PREPHOR, cabe señalar que en el “Anexo P” del informe de 1985 se incluyen, entre otros, listas de precios por tipo de producto en las que se incluyen las siguientes columnas: “Mínimo, PN, R, PR, PO, HO” (folios 875-877). La Dirección de Competencia ha podido relacionar dichas iniciales con los nombres de las empresas incoadas en el expediente gracias a la ingente cantidad de información recabada sobre la participación de las empresas incoadas en las diferentes prácticas anticompetitivas acreditadas. Así, en efecto, existen cuantiosas pruebas de que dichas iniciales corresponden a POSTES NERVION, ROMERO, PREPHOR, POSTELECTRICA, y HORMELEC respectivamente⁶⁹.

Respecto a la afirmación referente a que la Dirección de Competencia basa sus imputaciones a PREPHOR en muchos documentos referidos al periodo 1994-2002, en los que no consta más referencia que un listado de números, sin ninguna referencia identificativa de las empresas asistentes ni de los representantes que presuntamente asistían a las mismas, esta Sala no puede sino rechazar tal alegación ya que en un documento manuscrito (folio 913) recabado en la sede de ROMERO HORMELEC, en cuyo encabezado se aprecia “CA [...] PENALIZACIONES Y FONDO COMÚN AÑO 1989”, aparece de manera explícita “1 POSTELÉCTRICA, 2 NERVION, 3 HORMELEC, 4 PREPHOR, 5 ROMERO y 6 XEIXALVO”, junto con fechas, el número de postes y las penalizaciones resultantes. Como ya se ha señalado en los hechos acreditados, el código de números cambia a partir de 1998 (folio 941), de forma que desde entonces el número 1 corresponde a POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, el número 2 a POSTES NERVIÓN, el número 3 a ROMERO HORMELEC, el número 4 a PREPHOR, el número 5 a XEIXALVO y el número 6 a APLIHORSA (folio 941).

Por otra parte es destacable que PREPHOR reconoce abiertamente su participación en diversas reuniones del cártel durante el periodo 2003 a 2010.

Respecto a la afirmación de PREPHOR de que se le imputa la participación en la reunión de 29 de junio de 2012, en la que consta expresamente que no participó, cabe indicar que en el acta de dicha reunión (folios 4142-4144), si bien consta que PREPHOR no asiste, se señala que “PREPHOR (PRE): [XXX], (no asiste, acatará

⁶⁹ Ver folios 774, 806 y 2961 a 2965, entre otros.

decisiones de ADH)". Por lo que queda constancia de que PREPHOR si bien no pudo asistir, muestra su voluntad de seguir coordinándose, en este caso, a través de ADHORNA.

En todo caso, ha quedado sobradamente probada su participación continuada en el cártel durante todo el periodo por el que se le imputa, habiendo reconocido incluso ella misma su participación en numerosas reuniones. Por tanto, la no asistencia a alguna reunión aislada dentro del periodo temporal por el que se le imputan las prácticas anticompetitivas no altera, como ya se ha señalado, en modo alguno las conclusiones contenidas en la Propuesta de Resolución.

En relación con las alegaciones relativas a acuerdos e intercambios de información sobre tapas y arquetas, tampoco comparte esta Sala la alegación de la entidad consistente en considerar que durante el periodo 2004-2008, la frecuencia de los correos a partir de 2006 fuera escasa, ya que existen numerosos y frecuentes correos durante este periodo de los que es PREPHOR es partícipe.

Por otra parte, hay que indicar que la existencia del mencionado salto temporal de los correos electrónicos en los que aparece PREPHOR, entre marzo de 2008 y 2011, no implica en ningún caso que PREPHOR se haya mantenido inactivo durante este periodo, ya que la ausencia de contactos no indica que no se sigan aplicando los acuerdos, no habiendo aportado PREPHOR ninguna prueba al respecto que permita concluir dicha inactividad.

4.2. Sobre la calificación de infracción única y continuada. Prescripción

Según ADHORNA, las características, tanto de funcionamiento como temporales, de ambas conductas (acuerdos sobre postes por un lado, y acuerdos sobre los demás productos del hormigón por el otro) son claramente distintas. Así, mientras en el caso de los postes las conductas habrían comenzado ya en 1985, en el caso de las arquetas y tapas la conducta cubre un periodo distinto. Asimismo, según la citada entidad, la participación de las distintas empresas imputadas es diferente según el tipo de producto que se tenga en cuenta, ya que no todas las empresas están presentes en los mismos mercados.

ADHORNA sostiene que por lo que respecta a su responsabilidad, los elementos indicados anteriormente (intensidad temporal, la diversidad y el alcance de las conductas imputadas) deben necesariamente hacer que la CNMC limite su responsabilidad a dos conductas.

Esas dos conductas serían:

Acuerdos de fijación del precio, de reparto de mercado y de intercambio de información relativos a la venta de postes prefabricados de hormigón a clientes institucionales para el periodo 2003 hasta julio de 2013.

Acuerdos de intercambio de precios relativos a arquetas y tapas para clientes institucionales para el periodo 2010 a 2012.

Por su parte, PREPHOR argumenta que, para que pueda considerarse que existe una infracción única y continuada, la jurisprudencia exige que las conductas anticompetitivas se hayan producido de forma continuada, entendida tal continuidad como un espacio temporal sucesivo o, cuanto menos, próximo. En atención a ello, PREPHOR indica que a lo largo del presente expediente constan abundantes evidencias que demuestran que las conductas descritas en la PR no cumplen este requisito. Y ello por cuanto del repaso cronológico de las conductas citadas en el PCH y en la PR se evidencia que no sólo no existe continuidad temporal de la conducta sino que, además, consta acreditado que los acuerdos se rompieron en distintas ocasiones.

Por otro lado, PREPHOR alega que tampoco se cumple el requisito de la homogeneidad en el *modus operandi* exigido por la jurisprudencia para que las conductas puedan ser calificadas como una infracción única y continuada.

Finalmente, ambas entidades consideran que aquellas conductas relacionadas con postes de hormigón que se hubieran producido con anterioridad al año 2002 no podrían ser objeto de análisis en el presente expediente, debiendo considerarse prescritas.

Asimismo, y por lo que respecta a las conductas sobre tapas y arquetas, ADHORNA considera que los acuerdos para clientes institucionales habrían prescrito para el periodo 2004-2008 por aplicación del artículo 68.1 de la LDC, por lo que ADHORNA sólo podría ser imputada por acuerdos relativos a tapas y arquetas a clientes institucionales en el periodo 2010-2012, y por conductas relativas exclusivamente a "intercambios de precios".

Respuesta de la Sala de Competencia

Esta Sala considera que la totalidad de los hechos descritos deben considerarse una infracción única y continuada, de naturaleza compleja, en la que pueden subsumirse múltiples acuerdos diferenciados como los descritos que afectan a distintos productos del mercado relevante analizado. Un examen de la jurisprudencia al respecto conduce a tal conclusión.

Así, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012, Asunto C-441/11, apartado 41, indica que: "*Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, actualmente 101.1 del TFUE, puede resultar no solo 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 (sentencias Comisión/Anic Participazioni, antes citada, apartado 81, así como de 7 de enero*

de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartado 258)".

En el mismo sentido, la Audiencia Nacional, en su sentencia de 5 de febrero de 2013, en alusión a la Sentencia de la misma Sala de fecha 6 de noviembre de 2009, e igualmente a la jurisprudencia comunitaria⁷⁰, ha señalado que para calificar diversos comportamientos como infracción única y continuada es necesario examinar si los diversos comportamientos presentan un vínculo de complementariedad, es decir, que *"contribuyen, mediante una interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia buscados por sus autores, en el marco de un plan global encaminado a un objetivo único"*. Para ello será necesario examinar el período de aplicación, el contenido (incluyendo los métodos empleados) y, correlativamente, el objetivo de los diversos comportamientos de que se trata". En este sentido, aspectos tales como la unidad de objetivos comunes entre las conductas, la identidad de sujetos, los métodos empleados o la coincidencia temporal, son elementos que deben considerarse a la hora de valorar la existencia de una infracción única y continuada.

Asimismo, la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de julio de 2014 (recurso nº 172/2013) recuerda también la doctrina del Tribunal General al respecto:

"1º Así, 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).

⁷⁰ Sentencia de 27 de junio de 2012 del Tribunal General de la Unión Europea (Coats Holdings Ltd/Comisión), Asunto T-439/07.

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”.*

El examen de las conductas, a la luz de la jurisprudencia citada, permite concluir que debe considerarse la existencia de una infracción única y continuada al poder identificarse diversos elementos de unidad de actuación y finalidad.

En primer lugar, existe una clara correlación entre los sujetos intervinientes en las conductas, ya que todas las empresas han participado, en mayor o menor medida, en las conductas objeto del presente expediente⁷¹. **En segundo lugar**, existe coincidencia de los segmentos del mercado afectados por las conductas⁷², sin perjuicio de que algunas de las empresas hayan participado en todos o solo en algunos de ellos. **Y en tercer lugar**, si bien la ejecución de las conductas en relación con el segmento del mercado afectado tuvo una duración diferente, iniciándose para postes en 1985 y para el resto de productos en 1998, el análisis de los hechos permite considerar que nos encontramos ante dos fases sucesivas de una única infracción de naturaleza compleja, que persigue un objetivo claro desde el principio, coordinarse para controlar y, de alguna forma, "regular", el mercado de productos de hormigón, valiéndose para ello de diversos instrumentos, desde los más evidentes y característicos, como por ejemplo acordar, en el marco de las reuniones y contactos mantenidos, el precio de venta de los productos o el reparto del mercado, hasta los más sofisticados, como la

71 Fijación de precios, intercambio de información, reparto del mercado y reparto de subastas.

72 Postes, tapas, arquetas y cámaras de hormigón.

creación de una UTE o el reparto de las subastas de grandes empresas en función de los resultados de la Lotería Nacional.

El hecho de que esta conducta se haya logrado mediante dos actuaciones distintas, diferenciadas en función del producto de que se trate, no impide que se realice la imputación de una única conducta a todas las empresas incoadas. La pluralidad de acciones llevadas a cabo constituye la materialización de un plan común dirigido a controlar férreamente el mercado de productos de hormigón prefabricado. Si bien es cierto que los instrumentos y medios utilizados han ido variando y, en cierta medida, reforzándose con el paso del tiempo, tal y como se ha analizado anteriormente, no lo es menos que las conductas se realizan con un objeto y sustrato idéntico.

No debemos olvidar, además, el largo periodo de tiempo durante el que se han llevado a cabo las conductas, lo que conlleva la posibilidad de que algunas de las empresas intervinientes hayan podido entrar y salir de los acuerdos durante ese lapso de tiempo.

Igual sucede con la continuidad de las conductas, ya que la coordinación y cooperación durante largos periodos de tiempo tienen altibajos, y pueden decaer en determinados momentos o verse interrumpidas de manera periódica, pero no por ello dejan de conservar su esencia a lo largo del tiempo. En este sentido, la Audiencia Nacional⁷³ ha señalado que para que una conducta sea considerada antijurídica no es necesario que tenga idéntica intensidad todos los días durante el tiempo en que tiene lugar, pues la coordinación y cooperación tienen altibajos que pueden decaer en determinados momentos, verse interrumpidas por episodios periódicos de guerras de precios, pero conservar su esencia a lo largo del tiempo. Por todo ello, la existencia de saltos temporales de inactividad no afecta en ningún caso a la calificación de la infracción como única y continuada.

De igual modo, la Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Octava) de 19 de mayo de 2010 (asunto T-18/05), ha señalado que los periodos no excesivos de interrupción del cártel no rompen la continuidad de la conducta colusoria.

“Sin embargo, habida cuenta de que las demandantes reanudaron y repitieron, tras un período ligeramente superior a dieciséis meses, su participación en una infracción que se trata de la misma práctica colusoria en la que habían participado antes de la interrupción, identidad que no ponen en duda, no resulta aplicable la prescripción Tribunal General de la Unión Europea (Sala Octava)”.

Y la Sentencia del TJUE de 7 de enero de 2004 (asuntos acumulados C-204/00 p, C- 211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 p, Aalborg Portland A/S, § 258 a 261) concreta que: *“(…) En el marco de un acuerdo global, que dura varios años el transcurso de algunos meses entre las manifestaciones del acuerdo tiene poca*

73 Sentencia de la AN de 21 de febrero de 2013 y la Sentencia de la AN de 19 de junio de 2013.

importancia. Por el contrario, el hecho de que las diferentes acciones se inscriban en un “plan conjunto” debido a su objeto idéntico es determinante”.

En efecto, esta Sala comparte la opinión de que la interrupción temporal de los acuerdos o la menor intensidad de los mismos durante algunos periodos, y la salida esporádica del cártel por parte de una empresa, no es un argumento suficiente para considerar finalizada su responsabilidad en ese momento y determinar la finalización del acuerdo colusorio y, por tanto, la prescripción de la conducta, tal como pretenden las partes.

Tal como ha quedado acreditado, el cártel se rompe temporalmente en dos ocasiones, 2002 y 2010 (folios 2962 a 2965). Sin embargo, tras reanudarse los acuerdos, éstos cobran mayor intensidad y estabilidad, por lo que no cabe apreciar estos hechos como un suceso finalizador de la conducta.

4.3. Sobre la definición del mercado

APLIHORSA y ADHORNA consideran que los postes, las arquetas, las tapas y las cámaras constituyen cada uno un mercado de producto separado puesto que, por sus características técnicas y usos, no serían productos sustituibles entre sí, sino más bien complementarios. Ambas entidades entienden que cada uno de estos productos presenta sus propias características de oferta y demanda que los configuran en mercados separados, y su fabricación requiere a su vez elementos de producción muy diversos, puesto que tanto los moldes como el espacio de almacenaje necesarios para fabricar los productos son muy distintos y sus precios varían mucho.

Respuesta de la Sala de Competencia

Las conductas llevadas a cabo por las empresas analizadas en la presente Resolución constituyen una infracción única y continuada restrictiva por objeto, calificación que permitiría a esta Sala determinar las responsabilidades e imponer las sanciones correspondientes sin necesidad de realizar una delimitación del mercado por cuanto no resulta un elemento imprescindible del tipo infractor.

Este criterio de actuación está plenamente admitido tanto en los propios precedentes de la autoridad de competencia como en los tribunales tanto nacionales como europeos.

En este sentido, la Resolución de la CNC de 12 de enero de 2012 (Expte. S/0179/09, Hormigón y productos relacionados), en remisión a la doctrina del Tribunal de Justicia, ha señalado que la delimitación exacta del mercado relevante no es un elemento del tipo de la infracción tipificada en el artículo 1 de la LDC, por cuanto se trata de acuerdos sobre los que, por su contenido y finalidad, objetivamente se puede concluir sin mayor análisis que son anticompetitivos por su objeto, como los cárteles de fijación de precios y reparto de mercado, lo que

resulta predicable de las conductas objeto de investigación en este expediente sancionador⁷⁴:

“(...) Esa doctrina también señala que la delimitación exacta del mercado relevante tampoco es un elemento del tipo de la infracción tipificada en el artículo 1 de la LDC, cuando se trata de acuerdos que, por su contenido y finalidad, objetivamente se puede concluir sin mayor análisis que son anticompetitivos por su objeto. Tal es el caso de los cárteles de fijación de precios y reparto de mercados como el que es objeto de este expediente, pues los precedentes y la teoría económica revelan que son acuerdos que objetivamente tienen capacidad para restringir la competencia efectiva en detrimento del bienestar sin producir eficiencias de las que puedan beneficiarse terceros, cualquiera que sea el contexto jurídico y económico en el que se produzcan (As. T44-00 Mannesmannröhren-Werke AG v Commission, párrafos 132.-133; As. T-61/99, Adistrica di Navigazione Spa, párrafo 29; RTDC de 22 de julio de 2004, Expte. 565/03, Manipuladores radiactivos, FD 14; RCNC de 29 de julio de 2010, Expte. S/0091/08, Vinos finos de Jerez, FD 8; y RCNC de 31 de julio de 2010, Expte. S/0120/10, Transitarios).”

Señalado lo anterior, esta Sala se muestra conforme con la definición del mercado realizada por la Dirección de Competencia en su propuesta de Resolución, de la que se desprende un análisis del mercado relevante de producto -fabricación y venta de prefabricados de hormigón- y además delimita los segmentos de ese mercado afectados por la conducta -postes, arquetas, cámaras y tapas-, determinando a partir de esta delimitación la responsabilidad individual de cada empresa.

En el presente expediente resulta evidente que el mercado relevante de producto es el de fabricación y venta de prefabricados de hormigón, entre otros motivos, por la elevada sustituibilidad por el lado de la oferta que presenta el mismo. Asimismo, tratándose de una conducta consistente en un cártel, y en atención a los concretos productos afectados por la conducta dentro del mercado relevante, cabría determinar que los segmentos del mercado afectado serían los productos de postes, arquetas, cámaras y tapas, sin que ello suponga desvirtuar la responsabilidad de las empresas en las conductas objeto del expediente aquí resuelto. Esta cartelización segmentada de una parte de la oferta es una cuestión plenamente admitida en los precedentes de la CNC y las decisiones judiciales de nuestro país⁷⁵.

74 En el mismo sentido, entre otras, las Resolución del TDC de 22 de julio de 2004, Expte. 565/03, Manipulados radiactivos; Resoluciones del Consejo de la CNC de 31 de julio de 2010, Expte. S/0120/10 Transitarios; de 2 de agosto de 2012, Expte. S/0287/10 Postensado y Geotecnia; de 8 de marzo de 2013, Expte. S/0329/11 Asfaltos de Cantabria y de 30 de julio de 2013, Expte. S/0380/11 Coches de Alquiler, Expte S/428/12 Palés.

75 Expte S/0179/09 Hormigón y Productos relacionados.
Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 noviembre 2013 (recurso 110/2012).

En definitiva, esta Sala confirma la definición del mercado relevante realizada por la Dirección de Competencia, y no comparte la consideración de la existencia de un mercado relevante para cada uno de los productos objeto de este expediente, ni tampoco por tipo de cliente al que van destinados los servicios.

4.4. Sobre los efectos de las conductas en el mercado

Según XEIXALVO, durante la instrucción del procedimiento aportó facturas correspondientes al periodo 2010-2013 para cada cliente con el fin de demostrar que no hubo uniformidad de precios resultante de los acuerdos. En este sentido, XEIXALVO discrepa de la DC y señala que no sólo se ha puesto de manifiesto que no existe uniformidad de precios sino que los mismos oscilan hasta un 100% en función de cada cliente. Igualmente, respecto a la necesidad de homologaciones⁷⁶, según la citada entidad, los grandes clientes institucionales, debido al alto poder de compra del que gozan, pueden homologar empresas rápidamente por lo que no constituye una barrera de entrada al mercado. Además, XEIXALVO considera que no existe norma jurídica que obligue a dichas empresas a homologar a sus proveedores, sino que se trata de instrucciones o guías de actuación internas.

En relación con lo anterior, XEIXALVO considera que la DC no aporta prueba alguna de la existencia de efectos negativos para la competencia producidos por las conductas objeto de investigación. En este sentido, según la entidad, el documento citado por la DC denominado "Propuesta para reactivar los Acuerdos de Postes", confirma la ausencia de aplicación o, en su caso, la muy limitada aplicación de los acuerdos.

Asimismo, a juicio de XEIXALVO, el hecho de que las empresas incoadas supongan únicamente el 60% del mercado de fabricación de postes es una circunstancia que pone de manifiesto que los supuestos acuerdos no pudieron prosperar. Al existir un gran número de operadores alternativos, los clientes siempre podrían haber acudido a terceros ante una subida ilícita de precios.

En el mismo sentido, ADHORNA señala que, en relación con los acuerdos de postes, éstos nunca funcionaron por lo que respecta a los clientes particulares, ya que las tarifas pactadas nunca se llevaron a la práctica. Según la entidad, prueba de ello es un documento que obra en el expediente administrativo sobre la "Propuesta para reactivar los acuerdos de postes", en el que en la primera hoja se indicaba lo siguiente: "*Tratemos de buscar las causas de porque los acuerdos no funcionaron anteriormente y tal vez consigamos dar con la terapia adecuada*".

⁷⁶ En el apartado 179 de la PR se señala: "*Asimismo, tal y como señala XEIXALVO en los citados folios (5623 a 5624), los grandes clientes exigen a los suministradores haber seguido un procedimiento de homologación, considerando XEIXALVO que las incoadas representan la mayor parte de las empresas homologadas por los grandes clientes institucionales en España.*"

A juicio de ADHORNA, una lectura completa del documento demuestra que la mención a los "acuerdos" se refiere a los acuerdos sobre particulares que no funcionaban en la práctica.

ADHORNA destaca que los acuerdos para clientes particulares en arquetas y tapas tampoco funcionaron en la práctica debido a la existencia de una serie de fabricantes locales por zonas que no estaban homologados por Telefónica y que les hacían la competencia, vendiendo arquetas sin armadura, con hormigón de baja resistencia.

Igualmente, PREPHOR considera que las conductas imputadas no tuvieron efectos en el mercado.

Respuesta de la Sala de Competencia

Como ha señalado el Consejo de la CNC y de la CNMC en anteriores ocasiones, en la valoración de conductas del artículo 1 de la LDC no se exige la prueba de efectos reales contrarios a la competencia cuando se ha determinado que éstas son restrictivas por su objeto⁷⁷.

Igualmente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que⁷⁸:

“[P]rocede recordar que, según reiterada jurisprudencia, de cara a la aplicación del artículo 101 TFUE (RCL 2009, 2300), apartado 1, la ponderación de los efectos concretos de un acuerdo es superflua cuando resulte que éstos tienen por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, 56/64 y 58/64, Rec. p. 429, y de 8 de diciembre de 2011 [TJCE 2011, 399], KME Germany y otros/Comisión, C-272/09 P, Rec. p. I-0000, apartado 65, y KME Germany y otros/Comisión, [TJCE 2011, 400] C-389/10 P, Rec. p. I-0000, apartado 75).

A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que la distinción entre «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto» reside en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (sentencias de 20 de noviembre de 2008, Beef Industry Development Society y Barry Brothers, C-209/07, Rec. p. I-8637, apartado 17, y de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, Rec. p. I-4529, apartado 29).

Por tanto, procede considerar que un acuerdo que puede afectar al comercio entre Estados miembros y que tiene un objeto contrario a la competencia

⁷⁷ Véanse, Expte. S/0120/10, Transitorios, Expte S/428/12 Palés, y Expte. S/0422/12 Contratos de permanencia.

⁷⁸ Sentencia de 13 diciembre 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda). Asunto C-226/11 (Expedia Inc. contra Autorité de la concurrence y otros).

constituye, por su propia naturaleza e independientemente de sus efectos concretos, una restricción sensible del juego de la competencia”.

Y finalmente, el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de diciembre de 2007, en sentido análogo, ha afirmado que:

"En cuanto a las alegaciones de la actora de que su comportamiento no tuvo efectos negativos en el mercado puesto que ni tuvo reflejo en los precios ni en el reparto del mercado ni, finalmente, en que las empresas sancionadas mantuviesen, mejorasen o incrementasen su poder de mercado, basta señalar [...] que la sanción de las conductas comprendidas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia no requiere que se hayan producido tales efectos, sino tan sólo que puedan producirlos, lo que evitaría ya tener que examinar dichos argumentos”.

En atención a lo anterior, el resultado del análisis de los efectos provocados por las conductas en el mercado en nada debe alterar la calificación jurídica que esta Sala debe realizar en relación con las mismas, por cuanto nos encontramos ante conductas anticompetitivas por objeto, y esta calificación es suficiente para considerar la existencia de una infracción y determinar las concretas responsabilidades que procedan.

Sin perjuicio de lo anterior, esta Sala considera que la DC ha acreditado durante la instrucción del procedimiento que las conductas llevadas a cabo por las partes, además de tener un objeto contrario a la competencia, han causado una afectación restrictiva de la competencia.

Los hechos acreditados por la Dirección de Competencia evidencian que los acuerdos ilícitos fueron llevados a la práctica y por tanto tuvieron efectos en el mercado. En este sentido, 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).

A ello hay que añadir el hecho de que las empresas incoadas controlan el 60% del mercado de fabricación de postes de hormigón en España⁷⁹ y además representan la mayor parte de las empresas homologadas en nuestro país, requisito éste exigido por los grandes clientes institucionales, tal como ha declarado XEIXALVO (folios 5623 a 5624).

79 Conforme a lo indicado por XEIXALVO (folios 5623-5624).

El mercado de prefabricados de hormigón, en el que se enmarcan los productos afectados por las conductas, se caracteriza por la existencia de un número de operadores más restringido por el lado de la demanda (clientes ocasionales y grandes clientes) y muy atomizado por el lado de la oferta. Ahora bien, el comportamiento coordinado de las empresas incoadas restringe esa competencia, que debería ser normal en un mercado de esas características, mediante la fijación de precios y reparto de mercado, con objeto de mantener el *statu quo* alcanzado por las mismas.

Con ello, se habrían limitado las posibilidades de los demandantes en este mercado de acceder a mejores precios y condiciones, habiéndose distorsionado completamente el proceso competitivo que se persigue con las licitaciones y subastas para la contratación de suministros. Todo ello en un período suficientemente largo como para generar un efecto estructural en este mercado y con la amenaza creíble de ejercer un boicot sobre las empresas que pudieran desviarse, lo que sin duda habría reforzado y asegurado los efectos de los acuerdos alcanzados.

Los perjudicados más directos por estos ilícitos son, por un lado, los grandes clientes convocantes de subastas, que las empresas incoadas se repartían, como Telefónica, Hidroeléctrica del Cantábrico, Unión Fenosa o Iberdrola, así como el resto de clientes de las empresas incoadas durante la realización de los ilícitos, a los que se les ofrecen los productos a precios pactados entre las partes, no pudiéndose beneficiar de las ventajas del libre mercado, que podría haber supuesto precios más reducidos.

Asimismo, puede concluirse también que es muy posible que dichos perjuicios ocasionados a los grandes clientes, en forma de mayores precios y peores condiciones comerciales, se hayan visto repercutidos en mayores precios de su producto final, viéndose afectados, por ende, los clientes finales de las empresas, es decir, los consumidores de electricidad, telefonía, etc.

Nos encontramos, por tanto, ante unas conductas que además de ser anticompetitivas *per se*, han provocado un claro efecto en el mercado alterando las reglas básicas del juego de la libre competencia.

4.5. Sobre la constitución de la UTE como instrumento para restringir la competencia

ADHORNA considera que la constitución de la UTE no formó parte de ningún plan común para restringir la competencia, ya que su objetivo era exclusivamente el de legalizar una situación conocida por Telefónica para así mejorar tanto la logística como la gestión de los servicios prestados a esta última.

En el mismo sentido, PREPHOR manifiesta que la colaboración empresarial formalizada a través de la creación de la citada UTE no puede calificarse como un acuerdo anticompetitivo, por cuanto su finalidad no era restringir o limitar la competencia, sino permitir a las partes en la misma dotarse de capacidad de

producción suficiente para poder satisfacer la demanda y las condiciones de suministro de un gran cliente como era, en este caso, Telefónica.

Respuesta de la Sala de Competencia

Tal como ha quedado acreditado en la Propuesta de Resolución, la UTE mencionada tenía por objeto acudir a una subasta de Telefónica, acordándose los precios a los que concurrir con las demás empresas que formaban parte del cártel, y al objeto de fijar los precios del mercado y repartirse el mismo, por lo que su creación es una forma más de instrumentar el plan global encaminado a un objetivo único de controlar estrechamente el mercado de productos del hormigón prefabricado.

En este sentido, la reunión de 27 de septiembre de 2011, en la que se comenta la posibilidad de que varias empresas del acuerdo acudan formando una UTE a las futuras subastas de Telefónica, no deja lugar a dudas sobre el carácter anticompetitivo que escondía la creación de la UTE por parte de las empresas:

"1.- UTE

1.1 Se informa:

El nº 4 informa que ha sondeado con T la posibilidad de ir en UTE para el próximo concurso y que se ve con buenos ojos, siempre que consigan mejorar el precio de compra, por parte de T., con las siguientes consideraciones:

La UTE estará formada por los nº 2, 4 y 6.

Debe estar dada de alta en Adquira, antes del concurso.

Será válida para un solo concurso o licitación.

1.2 Se debate:

- El orden en la puja final de próxima subasta.

Se hacen distintas consideraciones y se expone el contenido, al respecto, del "Planteamiento de acuerdo para T. junio-2011", donde se recogía que en la subasta de diciembre/2011 la UTE quedaría 2 1 , detrás del n 9 3. Tras varias consideraciones, el argumento más sólido es que; es "más normal" que la UTE vaya 1ª.

1.3 Se acuerda:

Que la UTE pueda ir primera, buscando la forma de fomentar una adjudicación 60/40%, bien indicando la UTE el compromiso de hasta el 60% de la licitación en su oferta, (en el apartado de capacidad de fabricación puesta a disposición de T.), ó bien diciéndolo verbalmente a T" (folio 3116). (Subrayado añadido)

A lo anterior, hay que añadir que la constitución de la UTE por parte de las empresas no parece obedecer a una lógica empresarial y económica coherente, por cuanto no se atisba una necesidad objetiva de las empresas de asociarse por la falta de capacidad para participar de manera individual en las subastas, y ello, añadido a las propias conductas de las partes reseñadas, refuerza la idea de que

nos encontramos ante la utilización de un medio -acuerdo asociativo- para obtener el fin de pactar precios y repartirse el mercado.

La utilización de estructuras asociativas como vehículo para la realización de prácticas anticompetitivas -cuestión advertida por las propias normas que regulan la actividad de las UTE⁸⁰- ha sido objeto de tratamiento por las distintas autoridades de vigilancia de la competencia, que han analizado esta figura y han establecido los criterios que hay que observar para determinar si la constitución de una UTE puede ser considerado un medio para conseguir fines anticompetitivos.

A partir de la consideración de que la creación de una UTE no constituye *per se* un acuerdo anticompetitivo, por cuanto en una figura asociativa legalmente admitida y además habitual en el sector empresarial en nuestro país, la valoración de su afectación a la competencia debe realizarse en función de las características de las empresas que lo forman y del contexto concreto en que se produce.

Mediante la Resolución de 20 de enero de 2003 (Expte. r 504/01, Terapias Respiratorias Domiciliarias)⁸¹, el Tribunal de Defensa de la Competencia dejó establecido que, en la valoración del acuerdo asociativo como medio para llevar a cabo conductas anticompetitivas, deben valorarse los criterios de capacidad y autonomía de las empresas, por cuanto *“sólo cuando las empresas concertadas carecieran de la capacidad suficiente para alcanzar por sí mismas el objeto de la licitación y no pudieran concurrir a ella de forma individual, podría establecerse que no hay afectación de la competencia.”*

En similares términos se pronuncia la Comisión Europea en su Comunicación relativa a las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2011/C 11/01), cuando en su apartado 237 se refiere a este tipo de acuerdos asociativos a los efectos de considerarlos contrarios a las normas de competencia.

“Por lo general no es probable que un acuerdo de comercialización suscite problemas de competencia si es objetivamente necesario para que una parte pueda introducirse en un mercado al que no hubiera podido acceder individualmente o con un número de partes menor que el que participa realmente en la cooperación, por ejemplo, debido a los costes implicados. Una aplicación concreta de este principio serían los arreglos de consorcio que permiten a las empresas implicadas participar en proyectos que no podrían emprender individualmente. Como las partes del arreglo de consorcio no son,

80 El artículo 2 de la Ley 8/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Regional, establece que este tipo de acuerdos deben ser objeto de una especial vigilancia para evitar prácticas restrictivas de la competencia.

81 En el mismo sentido la Resolución de la CNC S/0014/07 Gestión de Residuos Sanitarios,

por lo tanto, competidores potenciales en la ejecución del proyecto, no existe restricción alguna de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1”.

Conviene subrayar que la Comisión Europea considera que, en estos supuestos, la irrelevante posición individual de las empresas en el mercado y, por tanto, su incapacidad para participar en el proyecto a no ser que se presenten de manera conjunta, excluiría la posibilidad de considerar la existencia de una relación de carácter horizontal entre ellas, por cuanto no serían competidores potenciales en la ejecución del proyecto. Sin embargo, no es eso lo que sucede en relación con las empresas constitutivas de la UTE objeto del presente expediente.

Los datos que obran en el expediente, en particular relativos a los volúmenes de negocio de las citadas empresas, arrojan la conclusión de que las empresas tenían capacidad individual suficiente para concurrir a las subastas sin la necesidad de asociarse con otras empresas, ya que ADHORNA, PREPHOR y ROMERO HORMELEC son empresas cuyos volúmenes de negocio, así como sus medios técnicos y materiales, han sido suficientes como para no tener que depender de otras empresas para presentarse a las subastas de Telefónica. A ello hay que añadir el hecho de que las empresas citadas habrían participado de manera individual en otras subastas antes, durante y después del año 2011⁸² (fecha de constitución de la UTE), por lo que difícilmente puede justificarse la constitución de la UTE sobre la base de la falta de capacidad de las empresas.

En definitiva, ha quedado acreditado que la UTE tenía por objeto acudir a una subasta de Telefónica, acordándose los precios a los que concurrir con las demás empresas que formaban parte del cártel, con el objeto de fijar los precios del mercado y repartirse el mismo, por lo que su creación es una forma más de instrumentar el plan global encaminado a un objetivo único de controlar estrechamente el mercado de productos del hormigón prefabricado.

4.6. Sobre la denuncia anónima que dio origen al expediente

XEIXALVO solicita a la CNMC que archive el expediente por haberse incoado a instancias de una denuncia anónima.

Según la citada entidad, la normativa y jurisprudencia prohíben la interposición de denuncias anónimas en el ámbito administrativo sancionador con el fin de evitar que cualquier persona pueda, sin identificarse, aportar informaciones obtenidas ilícitamente, incluso con violación de derechos fundamentales de modo contrario a lo establecido en la Constitución Española.

Respuesta de la Sala de Competencia

La solicitud de XEIXALVO no puede ser acogida por esta Sala por cuanto la denuncia anónima únicamente ha sido considerada para investigar los hechos

⁸² Véanse, folios 4085 y 4145 del expediente relativos a subastas en las que participan las citadas empresas.

previamente al inicio del procedimiento sancionador y no ha servido de sustento para determinar la responsabilidad de las empresas incoadas.

Como ya ha manifestado en anteriores ocasiones la CNC⁸³, los elementos de prueba de la conducta no se corresponden exclusivamente con las informaciones y documentos aportados por el denunciante, que pone en conocimiento las acciones infractoras inicialmente, sino que es la actividad investigadora del órgano instructor, a través de las correspondientes inspecciones, junto con otra información relevante, la que permite determinar la existencia de indicios suficientes que obliguen al inicio del correspondiente procedimiento sancionador, verdadero cauce en el que deben determinarse las responsabilidades correspondientes e imponer las sanciones procedentes.

En el orden penal, cuya exigencia de los requisitos procesales debe ser mayor, si cabe, que en el derecho administrativo sancionador, el Tribunal Supremo⁸⁴ admite la presentación de denuncias anónimas como una fuente más de conocimiento que hace posible la fase de investigación previa por parte de juez instructor, por lo que no resulta un “*impedimento automático y radical*” de la investigación de los hechos, sino más bien resulta un elemento indiciario que sirve de base para iniciar unas investigaciones previas tendentes a determinar la existencia de un ilícito penal.

Igualmente, en el marco del derecho administrativo sancionador, los tribunales permiten tener en cuenta este tipo de denuncias, por idénticos motivos a los ya señalados⁸⁵, y en el marco de los procedimientos tramitados y resueltos por la CNC, tampoco existe impedimento judicial a la consideración de tales documentos como elementos indiciarios para el inicio de la fase de investigación previa al inicio del procedimiento sancionador. Ello se desprende de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de diciembre de 2013 (recurso 188/12), cuando señala lo siguiente:

“Por consiguiente, a la vista de todo lo expuesto ha quedado acreditada la participación de la actora, teniendo en cuenta que los documentos de la denuncia anónima se han visto corroborados por lo que resulta de la restante documental a la que hemos hecho referencia, de modo que aquélla, que dio origen a la información reservada, no constituye, por sí sola, la prueba única de la participación de la actora, respetándose así la Jurisprudencia del Tribunal de la Unión Europea (St de 16.6.2011, asunto Heincken)”.

Por tanto, en el presente caso, podemos admitir que se han dado los presupuestos necesarios para considerar admisible la denuncia anónima que inició el periodo de investigaciones por parte de la DC, por cuanto únicamente ha sido considerada para investigar los hechos previamente al inicio del procedimiento sancionador. Las pruebas de cargo necesarias para la

83 Expte. S/0226/10, Licitaciones de carreteras y Expte. S/0329/11, Asfaltos de Cantabria.

84 Sentencia del Tribunal Supremo 318/2013, de 11 de abril.

85 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 21 de marzo de 1997.

determinación de responsabilidad y para la imposición de las sanciones correspondientes han derivado de las inspecciones realizadas por la Dirección de Investigación 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), y de la documentación requerida a las empresas durante la tramitación del procedimiento sancionador, sin que la denuncia tenga peso inculpativo esencial en este procedimiento.

QUINTO.- CONTESTACIÓN A OTRAS CUESTIONES SOLICITADAS EN LA FASE DE RESOLUCIÓN

5.1. Proposición de prueba

Las entidades XEIXALVO y RUBIERA han solicitado la práctica de las siguientes pruebas:

XEIXALVO ha solicitado:

La admisión de la prueba documental contenida en el Anexo 2 de su escrito de alegaciones que contiene una relación nominal de los trabajadores de la empresa (TC2).

Prueba testifical consistente en que el Consejo de la CNMC requiera a los clientes de la entidad indicados en el Anexo I de su escrito de alegaciones, para que confirmen que no sufrieron reducciones de precios por parte de XEIXALVO en los años 2004 ni 2005 como medida para evitar que adquiriesen los suministros de APLIHORSA.

Por su parte, RUBIERA ha solicitado:

La admisión de una prueba documental consistente en una declaración jurada formalizada por el trabajador de RUBIERA PREDIS que, como director comercial, prestaba servicios en el departamento de compras en los años 2012 y 2013.

En relación con las pruebas solicitadas por las partes, cabe señalar que el artículo 51.1 de la LDC dispone que el Consejo de la CNMC podrá ordenar, de oficio o a instancia de algún interesado, la práctica de pruebas distintas de las ya practicadas ante la DC en la fase de instrucción, así como la realización de actuaciones complementarias con el fin de aclarar cuestiones precisas para la formación de su juicio en la toma de decisión.

Dicha Ley regula la práctica de pruebas ante el Consejo como un trámite de carácter excepcional. Se establece un único procedimiento sancionador, en el que se separa claramente la fase de instrucción que lleva a cabo la DC, (*“en la que se realizarán todos los actos precisos para el esclarecimiento de los hechos y se garantizará la contradicción y el derecho de defensa de los denunciados”*), y la

fase de resolución que compete al Consejo, que adopta las decisiones sobre la base de las propuestas formuladas por la DC, eliminando la duplicación de actuaciones de la anterior LDC, sin merma del principio de seguridad jurídica.

Por tanto, en el esquema de la LDC, tanto la práctica de pruebas, a propuesta de las partes o de oficio del Consejo, como la celebración de vista, son actuaciones potestativas del Consejo, que las acordará en la medida en que las considere necesarias para aclarar cuestiones que no constan en la instrucción, y que son precisas para la formación de su juicio antes de resolver (artículo 51.1 y 3 de la LDC).

Además, en materia probatoria, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, es criterio del Consejo considerar que sólo son admisibles como prueba de descargo aquéllas que tienen potencial influencia decisiva en términos de defensa, lo cual debe ser debidamente motivado por el interesado (SSTC 25/1991, 205/1991, 1/1996, 217/1998 y 101/1999).

En cualquier caso, la decisión sobre las pruebas propuestas debe necesariamente partir del informe propuesta remitido por la DC, junto con todo el expediente administrativo, y del ámbito o alcance de la infracción que se imputa a las incoadas.

Así las cosas, esta Sala ha considerado pertinente incorporar al expediente todos los documentos nuevos aportados por las partes junto con sus escritos de alegaciones a la propuesta de resolución, si bien en términos generales dichos documentos no aportan valor añadido respecto a la información que ya obraba en el expediente, y en función de la cual se han considerado acreditados los hechos objeto de investigación y la imputación realizada respecto de las entidades incoadas. Se han admitido y, por tanto, se han tenido en cuenta las pruebas documentales aportadas por ambas partes en sus escritos de alegaciones.

Por el contrario, no se ha admitido la prueba testifical solicitada por la entidad XEIXALVO al entender esta Sala que la misma no hubiese aportado información concluyente para desvirtuar la valoración en relación con las conductas objeto de esta Resolución, ya que, como se ha señalado, nos encontramos ante una infracción por objeto, siendo suficiente para sancionar la intencionalidad de las conductas sin que sea preciso la ejecución de las mismas, aunque -como ya se ha señalado- hay evidencia suficiente para concluir que se ha producido igualmente.

5.2. Solicitud de confidencialidad

Han solicitado expresamente la confidencialidad de parte de la información contenida en los escritos de alegaciones a la Propuesta de Resolución, las siguientes entidades:

- a) PREPHOR solicita en su escrito de alegaciones la confidencialidad de los “Detalles comerciales del acuerdo entre PFSA y PREPHOR”.

- Página 7, último párrafo, folio 8146.
- Página 8, párrafos tercero, cuarto y quinto, folio 8147.
- b) Por su parte, XEIXALVO solicita que sean declarados confidenciales los siguientes datos de su escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución:
 - Información relativa a la identidad y descripción del principal cliente de XEIXALVO, así como las ventas que supone para XEIXALVO en relación con la venta de postes de hormigón y el nivel de precios aplicados en comparación con otros clientes (página 5, párrafo tercero, folio 8026).
 - Información relativa a la identidad, número y descripción del tipo de clientes con los que XEIXALVO ha mantenido una relación comercial entre los años 2010 y 2013 en relación con la venta de postes de hormigón (página 5, penúltimo párrafo, folio 8026).
 - Número de clientes de XEIXALVO en 2013 en relación con la venta de postes de hormigón (página 5, último párrafo, folio 8026).
 - Identidad del principal cliente y volumen de ventas que representa frente al resto de clientes (página 5, último párrafo, folio 8026).
 - Número de clientes de XEIXALVO en venta de postes sin contar al cliente más importante en 2013 (página 5, último párrafo, folio 8026).
 - Información relativa al porcentaje de volumen de negocios que representa la venta de postes de hormigón para XEIXALVO en relación con las ventas totales en 2013 (página 6, párrafo segundo, folio 8027).
 - Información relativa al principal cliente de XEIXALVO y la diferencia de precios que paga respecto al resto de clientes (página 6, párrafo tercer, folio 8027).
 - Información relativa a las ventas realizadas al principal cliente de XEIXALVO y a su organización comercial que XEIXALVO conoce gracias a su vínculo contractual pero que está fuera del dominio público (página 9, antepenúltimo párrafo, folio 8030).
 - Información relativa a la situación de XEIXALVO en el año 2013 (página 12, párrafo segundo, folio 8033).
 - Estimación interna de XEIXALVO del total del mercado de postes de hormigón en España en 2013 y años anteriores (página 12, párrafo tercero, folio 8033).
 - Información sobre el volumen de negocios en relación con la venta de postes de hormigón en 2013 (página 17, último párrafo, folio 8038).
 - Estimación interna de XEIXALVO de su cuota de mercado en la venta de postes de hormigón en 2013 (página 17, último párrafo, folio 8038).

- Información sobre la situación de XEIXALVO en 2013 (página 18, párrafo primero, folio 8039).
- Indicación sobre el número de trabajadores de XEIXALVO (página 18, párrafo primero, folio 8039).
- Estimación interna de XEIXALVO del total del mercado de postes en España en 2013 (página 18, penúltimo párrafo, folio 8039).
- Anexo 1. Datos de contacto de los clientes UDESA y MALGA S.L. (folio 8043).
- Anexo 2. Listado de empleados de XEIXALVO en la actualidad (folios 8044-8045).

Tras el análisis de la citada información, esta Sala considera que procede declarar la confidencialidad de la citada información por cuanto la misma tiene la consideración de información amparada por el secreto empresarial.

SEXTO.- VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA DEL CONSEJO

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, esta Sala considera que ha quedado acreditado que las empresas a las que hace referencia la presente resolución llevaron a cabo una infracción única y continuada, de naturaleza compleja, prohibida en el artículo 1 de la LDC.

Las entidades POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, ROMERO HORMELEC, ADHORNA PREFABRICACIÓN, PREPHOR, XEIXALVO, APLIHORSA, RUBIERA y BUPRE, han llevado a cabo durante los años 1985 a 2013 una práctica contraria a las normas de competencia a través de la realización de varias conductas en el mercado de fabricación y venta de prefabricados de hormigón, consistentes en acuerdos de fijación de precios, intercambio de información sensible, reparto de subastas y reparto de clientes, en relación con varios productos del mercado relevante (postes, cámaras, arquetas y tapas). Existe un vínculo de complementariedad o plan común por parte de las empresas y en relación con las conductas descritas, sin perjuicio de que la participación de alguna de las empresas haya podido ser diferente en cuanto al producto afectado o el periodo de participación.

La conjunción de todos los elementos citados, nos lleva a la conclusión de que nos encontramos ante la existencia de un cártel, por cuanto concurren los presupuestos necesarios contenidos en la Disposición Adicional Cuarta de la LDC⁸⁶. Así, en cuanto al elemento subjetivo requerido, resulta evidente que las partes del presente procedimiento son empresas que compiten en el mismo

⁸⁶ A efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cártel 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.

mercado de venta y fabricación de prefabricados de hormigón, y que han llevado a cabo acuerdos bilaterales y multilaterales durante un periodo que comprende desde 1985 hasta 2013. Estos acuerdos, consistentes principalmente en la fijación de precios, el intercambio de información, en el reparto del mercado y en el reparto de subastas, son algunas de las conductas que tanto el artículo 1 de la LDC como la Disposición Adicional Cuarta de la misma Ley prevén como acuerdos prohibidos y merecedores de sanción. Igualmente, ha quedado acreditado que las empresas han adoptado sus acuerdos con manifiesta ocultación y secretismo, como lo prueba, por ejemplo, la recomendación de no dejar constancia por escrito de los pactos que pudieran ser ilícitos (folio 854).

En relación con el intercambio de información sensible, esta Sala considera que nos encontramos ante una información que encaja perfectamente en las características de acuerdo colusorio restrictivo de la competencia descritas en las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal.

Las citadas Directrices establecen que el intercambio entre competidores de datos estratégicos, es decir, datos que reducen la incertidumbre estratégica del mercado, tiene más probabilidades de entrar en el ámbito de aplicación del artículo 101 que los intercambios de otros tipos de información. El intercambio de datos estratégicos puede dar lugar a efectos restrictivos de la competencia ya que reduce la independencia de las partes para tomar decisiones, disminuyendo sus incentivos para competir. La información estratégica puede referirse a precios (es decir, precios reales, descuentos, aumentos, reducciones o rebajas), listas de clientes, costes de producción, cantidades, volúmenes de negocios, ventas, capacidades, calidades, planes de comercialización, riesgos, inversiones, tecnologías, así como programas de I+D y los resultados de estos.

El intercambio de información aquí analizado encaja, por tanto, en la categoría de información estratégica susceptible de producir una evidente afectación en el mercado relevante objeto de este expediente.

De la documentación obrante en el expediente del que trae causa la presente Resolución se deduce sin mayor dificultad que las partes llevaron a cabo las conductas descritas, siendo prueba inequívoca de ello el contenido de las actas de las reuniones, los correos electrónicos obtenidos en las inspecciones, las anotaciones manuscritas de las empresas, así como la acreditación de otro tipo de conductas llevadas a cabo por las empresas que suelen ser características de las conductas habituales constitutivas de un cártel⁸⁷, como son la ocultación deliberada de los acuerdos ilícitos, la regularidad con la que se celebraban los encuentros y las represalias acordadas contra las empresas incumplidoras de los acuerdos colectivos.

87 Véase, la resolución de la CNC S/0185/09 Bombas de fluidos y la SAN de 5 de febrero de 2013 (recurso 420/2011).

Pero es que además, como ya se ha señalado en la presente Resolución, las propias empresas han reconocido expresamente la existencia de estas conductas anticompetitivas. Basta para acreditar tal afirmación, el propio contenido del informe de 1985, redactado por las entidades POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, POSTES NERVIÓN, ROMERO, PREPHOR y HORMELEC, 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: "*(...) 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 LÍCITOS, por lo que, en definitiva, no podrán ser escritos y se deberá confiar en el pacto entre caballeros*" (folio 854)⁸⁸.

Si bien las conductas han afectado de manera distinta a varios productos del mercado de prefabricados de hormigón (postes, cámaras, arquetas y tapas), ello no resulta óbice para considerar que nos encontramos antes una infracción única y continuada de carácter complejo. La pluralidad de acciones llevadas a cabo por las empresas ha constituido la materialización de un plan común dirigido a controlar férreamente el mercado de productos de hormigón prefabricado. Si bien es cierto que los instrumentos y medios utilizados han ido variando y en cierta medida reforzándose con el paso del tiempo, no lo es menos que las conductas se realizan con un objeto y sustrato idéntico, y ello ha quedado acreditado en el presente expediente.

En este sentido las propias actas de las reuniones y documentos que describen el funcionamiento de los acuerdos muestran que, a pesar de los incumplimientos puntuales y de 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.

Finalmente, esta Sala quiere recalcar que, si bien es cierto que las conductas han constituido restricciones de la competencia por su objeto y ello hubiese sido suficiente para apreciar el ilícito administrativo y determinar las responsabilidades correspondientes, también ha quedado probado que las mismas han ocasionado efectos perniciosos en el mercado de fabricación y venta de prefabricados de hormigón, y ello refuerza la consideración de la existencia de una infracción única que debe merecer un castigo desde el punto de vista del derecho sancionador.

SÉPTIMO.- DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

7.1.- Responsabilidad de las empresas

⁸⁸ Ver página 101, apartados 18 y 22, folio 7542 de la PR sobre el reconocimiento de participación de BUPRE y PREPHOR.

Ver página 116, apartado 85, folio 7557 de la PR sobre el reconocimiento de participación de ADHORNA.

Ver página 118, apartado 92, folio 7559, de la PR, sobre el reconocimiento de los hechos por parte de RUBIERA.

La responsabilidad de las empresas a las que hace referencia el Fundamento de Derecho Tercero de la presente Resolución resulta, a juicio de esta Sala, incuestionable a tenor de los hechos acreditados y las pruebas y otros elementos de juicio contenidos en el expediente aquí resuelto, por lo que esta Sala se muestra conforme con la imputación de responsabilidad realizada por la Dirección de Competencia en su Propuesta de Resolución.

Igualmente, esta Sala se muestra conforme con la atribución de responsabilidad a ROMERO HORMELEC, a quien se le atribuye también la responsabilidad de las empresas POSTES ROMERO, S.A. y HOMIGÓN ELECTRICIDAD, S.A., y con la atribución realizada a ADHORNA, a quien se le atribuye también la responsabilidad de POSTES NERVIÓN, S.A.

En ambos casos, se dan los presupuestos necesarios para aplicar el principio de continuidad económica, trasladándose la responsabilidad por la infracción a la entidad resultante de la operación de reestructuración societaria⁸⁹.

Por último, quiere esta Sala manifestar su conformidad también con la desimputación de la entidad ELEMENTOS DE SUJECCIÓN GALVANIZADOS, S.L. al haberse contrastado la existencia de un error de atribución de conductas anticompetitivas derivado del hecho de que [XXX] actuaba simultáneamente en representación de ésta y de BUPRE, que sí participó en las conductas anticompetitivas relativas a tapas y arquetas por las que se la imputa.

Señalado lo anterior, una vez acreditadas y calificadas las conductas contrarias a la LDC, el artículo 63.1 de la LDC condiciona el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de multas por parte de la Autoridad de Competencia a la concurrencia en el sujeto infractor de dolo o negligencia en la realización de la conducta imputada.

Pues bien, la Sala considera que ha quedado acreditado que las empresas conocían y eran conscientes de la ilicitud de las conductas llevadas a cabo.

En relación con ello, varios son los elementos que evidencian este comportamiento consciente de las partes. Así, el carácter secreto de los acuerdos, la existencia de notas manuscritas, el uso de códigos numéricos para identificar a las empresas, la negativa de algunas empresas a participar en las conductas, la adopción de medidas en caso de incumplimiento, el uso de instrumentos jurídicos como la UTE para alcanzar los objetivos ilícitos, así como la duración de las conductas, son evidencias que permiten hacer tal aseveración.

Pero es que además, como hemos señalado anteriormente, las propias empresas han reconocido su participación en las conductas y su conocimiento de la ilicitud

89 Asuntos C-40/73, Suiker Unie; C-49/92P ANIC, asuntos C-40/73, Suiker Unie, T-349/08, Uralita SA v Commission, C-280/06 Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato v. ETI, ArcerolMittal, Sentencia de 31 de marzo de 2009, Asunto T-405/06 y C-40/73, Suiker Unie.

En similares términos se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de febrero de 2013 en el ámbito del Expte. S/0251/10 Envases Hortofrutícolas.

de las mismas, tal como demuestra el contenido del ya citado informe de 1985 (folio 854).

Todos ellos son elementos suficientes para considerar la existencia de una actuación consciente y querida por las partes sin que pueda apreciarse el desconocimiento del comportamiento ilícito por ninguna de las empresas.

7.2.- Criterios para la determinación de la multa y ley aplicable

El artículo 62.4.a) de la LDC establece que serán infracciones calificadas como muy graves las conductas que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales.

El artículo 63.1 de la LDC atribuye a la CNMC la potestad de sancionar a las empresas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan la prohibición de acuerdos colusorios. Conforme a reiterada jurisprudencia, el principio de culpabilidad es consustancial a las infracciones de cártel, pero además de los hechos probados de esta Resolución, resulta acreditado que las empresas eran conscientes del carácter ilícito de su conducta anticompetitiva.

En el presente caso estamos, por tanto, ante una infracción muy grave, merecedora de sanción económica. Para su determinación debe estarse a los artículos 61 a 64 de la LDC, que establecen los criterios fundamentales que deben tenerse en cuenta a la hora de establecer dicha cuantía, criterios que inspiran 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 (actuales artículos 101 y 102 del TFUE)*".

El artículo 63.1.c) de la LDC señala que las infracciones muy graves podrán ser castigadas con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, y en caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios, el apartado 3.c) del citado artículo señala que el importe de la multa será de más de 10 millones de euros.

El artículo 64 de la LDC señala que el importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios: a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción; b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; c) El alcance de la infracción; d) La duración de la infracción; e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables.

La Comunicación sobre la fijación 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 101 y 102 del Tratado de la Comunidad Europea aplicables a los infractores de las normas de competencia, pretende establecer unas directrices que, con carácter general, guíen la actuación de la Autoridad de Competencia a la hora de aplicar los criterios contemplados en el artículo 64 de la LDC. Con ello se pretende contribuir a mejorar la transparencia y la objetividad en la determinación de la sanción, potenciar su efecto disuasorio y favorecer la seguridad jurídica de los operadores económicos. Estas orientaciones para concretar la aplicación de los criterios del artículo 64 de la LDC han sido las empleadas por el Consejo para la determinación de la sanción en esta Resolución, con pleno respeto a los criterios dictados por el Tribunal Supremo, quien en numerosas sentencias⁹⁰ ha mantenido que la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida, dado que toda sanción debe determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho.

La LDC, pues, fija primero un máximo legal para la sanción (art. 63 LDC), cuyo objeto es limitar la multa máxima en función de la capacidad de pago del infractor para evitar que el pago de la multa conduzca a la desaparición de la empresa – por eso el art. 63 LDC se refiere a la cifra de negocio total del período más próximo a la resolución sancionadora, independientemente del mercado afectado y de cuándo se produjera la infracción-, para luego establecer criterios de graduación de la sanción junto con circunstancias agravantes y atenuantes (art. 64 LDC). Siendo ello así, sin perjuicio del cumplimiento de dicho máximo legal (10% de volumen de negocios total del ejercicio anterior), el proceso de determinación de la multa sigue lo previsto en la referida Comunicación, que sirve de parámetro de concreción del artículo 64 de la LDC y dota de objetividad y transparencia la metodología seguida para la fijación de sanciones, en línea con la aplicación de la normativa de competencia de la Unión Europea.

Entiende esta Sala que ésta es la voluntad del legislador cuando señala, en la Exposición de Motivos de la LDC, que “(...) el título quinto recoge el régimen sancionador. En este sentido la Ley supone un importante avance en seguridad jurídica por cuanto realiza una graduación de las diversas infracciones previstas por la misma y aclara las sanciones máximas de cada tipo, fijadas en términos de un porcentaje del volumen de ventas totales de los infractores. Asimismo, se especifican los criterios que determinan la multa concreta en cada caso, en línea con las tendencias actuales en el ámbito europeo. Además, se prevé la publicidad de todas las sanciones impuestas en aplicación de la Ley, lo que reforzará el poder disuasorio y ejemplar de las resoluciones que se adopten”.

⁹⁰ Entre otras, de 24 de noviembre de 1987, 23 de octubre de 1989, 14 de mayo de 1990 y 15 de julio de 2002.

En sus alegaciones, ADHORNA, con cita de diversas sentencias de la Audiencia Nacional, alega que la sanción máxima que cabe imponer sería el 10% del volumen de negocios obtenido por la empresa en el ámbito de actividad económica en el que se ha producido la infracción, en el ejercicio anterior al de la imposición de la multa.

El Consejo, tal y como ya manifestó en anteriores ocasiones⁹¹, no puede aceptar esta alegación.

La SAN de 12/04/2013 (06/395/2011) se refiere a la consideración del límite máximo como garantía para salvaguardar la viabilidad de la empresa, límite que se establece en relación con el volumen de negocios total de la empresa infractora, y no con el volumen de negocios relacionado con la infracción, como ahora se pretende:

“En este caso, no consta que se haya superado la multa el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa porcentaje fijado en el artículo 63 por el legislador, precisamente con el objeto de que el pago de las multas no implique la desaparición de la empresa.”

En este mismo sentido se pronuncian otras sentencias, como las que se citan a continuación: SAN 05/02/2013 (06/420/2011), SAN 13/02/2013 (06/377/2011), SAN 25/02/2013 (06/390/2011), SAN 26/02/2013 (06/646/2011), SAN 05/03/2013 (06/566/2011). Vid. también STS de 29/05/2013 (recurso de casación nº 3/1312/2010).

El Consejo considera que la LDC distingue claramente entre “*mercado afectado*” y “*volumen de negocios total*”, conceptos que, en consecuencia, no pueden utilizarse indistintamente. Mientras que el artículo 64.1 de la LDC alude a “*la dimensión y características del mercado afectado por la infracción*” como criterio al que debe atenderse para graduar el importe de la sanción, el artículo 63.1 de la LDC se refiere expresamente al “*volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa*”, sin hacer referencia alguna al mercado afectado por la infracción. Así, el proceso de cálculo de sanciones diseñado por la LDC se articula sobre una doble fase: por un lado, habrá que atender a los criterios que deben tomarse en consideración para graduar las sanciones enumerados en el artículo 64 LDC (desarrollados por la Comunicación de Multas); y una vez calculadas las sanciones de acuerdo con tales criterios, deberá comprobarse que el importe de la multa no supera el umbral máximo establecido en el artículo 63.1 de la LDC (es decir, el “*10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa*”).

⁹¹ Resolución CNC de 30 de julio de 2013, Expte. S/0380/11 COCHES DE ALQUILER y más recientemente en Resolución CNMC de 10 de julio de 2014, Expte. S/0446/12 ENDESA INSTALACIÓN, y Resolución CNMC de 22 de septiembre de 2014, Expte. S/0428/12 PALÉS, entre otras.

En definitiva, el artículo 63.1 de la LDC no fija un arco sancionador, sino un límite. Y éste toma como base el *volumen de negocios total de la empresa*, y no el correspondiente al *mercado afectado por la infracción*. Esta disposición no tiene la condición de elemento de liquidación ni de graduación de la multa, sino que constituye un umbral máximo más allá del cual no resulta posible sancionar sin que el pago de la multa pueda generar el riesgo de desaparición de la empresa y comprometer su viabilidad futura (umbral que en consecuencia se establece en atención a la capacidad económica *actual* de la empresa).

La redacción del artículo 63.1.c) de la LDC 15/2007 es análoga además con la del artículo 23.2 del Reglamento CE 1/2003, de aplicación en procedimientos de infracción de los artículos 101 y 102 TFUE (antes 81 y 82 TCE), y es consecuencia de una sistemática equivalente en el ámbito nacional y comunitario. Por ello también la Comunicación sobre cuantificación y las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23.2.a) del Reglamento CE 1/2003, son análogas en cuanto al método del cálculo de la sanción, ya que en ambos casos el importe básico resulta de un porcentaje del valor de las ventas vinculadas a la infracción. Y es una vez calculada la sanción de acuerdo con los criterios anteriores (es decir, tomando como referencia el “mercado afectado”), cuando procede comprobar que no se ha superado el umbral del límite máximo del 10%. Y ello porque, como recuerda la STJUE 12/07/2012 asunto C 181/11 P, CETARSA/Comisión:

“82 En efecto, dicho límite superior pretende evitar que se impongan multas que seguramente no podrán pagar las empresas, dadas sus dimensiones, dimensiones que se determinan, aunque sea de un modo aproximado e imperfecto, por su volumen de negocios global (...).

83 Se trata por tanto de un límite, aplicable uniformemente a todas las empresas y ajustado a la dimensión de cada una, que pretende evitar las multas cuyo importe sea excesivo y desproporcionado. Dicho límite superior tiene pues un objetivo distinto y autónomo del que persiguen los criterios de gravedad y duración de la infracción (...).”

En este mismo sentido, se pueden citar también: STJUE de 07/06/1983, asuntos acumulados C-100/80, 101/80, 102/80 y 103/80 *Musique Diffusion française/Comisión* (par.119); STJUE de 28/06/2005 asuntos acumulados C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P A C-208/02 P Y C-213/02 P, *Dansk Rørindustri y otros/Comisión* (par.279-282); STJUE de 07/06/2007 asunto C-76/06, *Britannia Alloys & Chemicals/Comisión* (par. 24); y STG de 16/06/2011, asunto T-211/08 *Putters International/Comisión* (par. 74 y 75).

Todo ello conduce a no atender la alegación efectuada a este respecto por ADHORNA.

7.3. Importe básico de la sanción

Según el párrafo 8 de la Comunicación, la cuantificación de la sanción se realiza en las fases siguientes: (i) determinación del importe básico de la sanción, (ii), aplicación de coeficiente de ajuste al importe básico en función de agravantes y atenuantes, y (iii) ajuste en su caso a los límites establecidos en la Ley (límite del 10%) y al beneficio ilícito obtenido por el infractor.

La primera fase, pues, consiste en determinar el importe básico de la sanción, para lo que, según el párrafo 9, serán de aplicación los criterios señalados en las letras a) a e) del artículo 64.1 de la LDC, *“teniendo en cuenta, por tanto, la dimensión y características del mercado afectado, la cuota de mercado del infractor, el alcance de la infracción, su duración y sus efectos.”* En relación con el mercado afectado por la infracción (art. 64.1.a LDC), el párrafo 10 de la Comunicación de cuantificación de las sanciones concreta lo siguiente: *“El volumen de ventas afectado por la infracción será la suma ponderada de las ventas obtenidas por el infractor en los mercados de producto o servicio y geográficos donde la infracción haya producido o sea susceptible de producir efectos, durante el tiempo que la infracción haya tenido lugar y antes de la aplicación del IVA y otros impuestos relacionados. Las ventas de cada periodo se ponderarán de acuerdo con lo previsto en el punto 15”*.

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. En particular, dentro del citado mercado, los productos de postes de hormigón, arquetas, tapas y cámaras. Las conductas anticompetitivas se mantuvieron de forma ininterrumpida a lo largo del tiempo desde los años 1985 a 2013.

La sanción a todas las empresas imputadas ha sido calculada sobre la base de la información requerida: volumen de negocios correspondiente a los segmentos afectados del mercado de fabricación y venta de prefabricados de hormigón. En la medida en que la infracción tiene una duración superior al año, es preciso aplicar el coeficiente reductor en función de duración previsto en el párrafo 15 de la Comunicación. En tal caso, se aplica un factor de ponderación equivalente a 1 al valor del mercado afectado en el último año de la conducta (2013). Los volúmenes correspondientes a los sucesivos periodos anuales anteriores al primero recibirán una ponderación decreciente (0,75 para el 2º período, 0,50 para el 3º, 0,25 para el 4º, etc.), lo que implica que para la sanción se tiene en cuenta sólo una proporción decreciente del volumen de negocios del mercado afectado a medida que la infracción es más antigua.

La suma de los *volúmenes de negocio en los segmentos del mercado afectado* (VNMA) en los que han participado cada empresa (postes, tapas, arquetas y cámaras) en el período de participación individual acreditado, ponderados de forma decreciente según se trate de períodos más antiguos (párrafo 15 de la Comunicación) arroja el siguiente resultado:

<i>Empresa</i>	<i>VNMA ponderado (€)</i>	<i>Folios⁹²</i>
ROMERO HORMELEC, S.A.	7.327.759	6463 y 8500-8501
POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, S.A.	2.623.360	6469 y 8493-8494
ADHORNA PREFABRICACIÓN, S.A.	4.696.819	5710 y 8462-8464
RUBIERA PREDIS, S.L.	66.679	8414-8415
POSTES XEIXALVO, S.L.	2.387.317	8424-8426
BUPRE, S.L.	3.511.097	8451-8452
APLICACIONES DEL HORMIGÓN, S.A.	3.636.451	5724, 8474, 8488-8492
PREFABRICADOS Y POSTES DE HORMIGÓN, S.A.	4.418.270	6425 y 8476-8485

Sobre dicha base procede aplicar el *tipo básico* (%) de la sanción. De acuerdo con el párrafo 14 de la Comunicación, el importe básico de la sanción, antes de tener en cuenta agravantes o atenuantes, se obtendrá aplicando, al volumen de ventas afectado por la infracción, “*un porcentaje que, partiendo del 10 %, podrá incrementarse [hasta el 30%] en consideración a los siguientes criterios*”: gravedad de la conducta o por tratarse de un input productivo capaz de producir efectos en cascada en otros mercados.

En el presente caso, esta Sala considera proporcionado aplicar un tipo del 10% sobre el volumen de negocios ponderado para todas las empresas, a excepción de Rubiera Predisa, S.L, a la que se le aplica un 5% en atención al carácter menos dañino de la conducta y a la duración de la misma, ya que únicamente se le imputa un intercambio de información comercial sensible en el año 2012.

En consecuencia, el importe básico de la sanción es el siguiente:

<i>Importe básico de la sanción (euros)</i>	
ROMERO HORMELEC, S.A.	732.775
POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, S.A.	262.336

⁹² Mención a los folios del expediente que contienen el volumen de negocios de las empresas en los segmentos del mercado afectado en cada uno de los años de participación en la conducta, según el cuadro resumen contenido en los hechos probados de la presente Resolución.

ADHORNIA PREFABRICACIÓN, S.A.	469.681
RUBIERA PREDISIA, S.L.	3.334
POSTES XEIXALVO, S.L.	238.731
BUPRE, S.L.	351.109
APLICACIONES DEL HORMIGÓN, S.A.	363.645
PREFABRICADOS Y POSTES DE HORMIGÓN, S.A.	441.826

Como no se han acreditado circunstancias atenuantes ni agravantes, una vez alcanzada la suma correspondiente al importe básico de la sanción, la recta aplicación del artículo 63 LDC exige comprobar que la multa así calculada no supera el 10% del volumen de negocios total de la empresa en el ejercicio anterior al de imposición de la sanción. Como se ha dicho, ello es así porque el “10% sobre volumen de negocio total en ejercicio anterior” no es un elemento de liquidación ni de graduación de la multa, sino un límite, el tope máximo más allá del cual no resulta posible sancionar sin que el pago de la multa pueda generar el riesgo de desaparición de la empresa y comprometer su viabilidad futura. Se fija así en el 10% la capacidad económica real de la empresa en el mercado para hacer frente al reproche por su conducta antijurídica.

A continuación, se expone el resultado de aplicar, al importe básico de la sanción que se recoge en la tabla anterior, el límite del 10% sobre el volumen de negocios (VN) total de las empresas correspondiente al año 2013:

Empresa <i>(en euros)</i>	Importe básico de la sanción	VN total 2013	Límite 10%	Sanción impuesta
ROMEROHORMELEC, S.A.	732.775	1.606.457	160.645	160.645
POSTELÉTRICAFABRICACIÓN, S.A.	262.336	2.030.671	203.067	203.067
ADHORNIA PREFABRICACIÓN, S.A.	469.681	5.195.522	519.552	469.681
RUBIERA PREDISIA, S.L.	3.334	604.601	60.460	3.334
POSTES XEIXALVO, S.L.	238.731	2.431.978	243.197	238.731
BUPRE, S.L.	351.109	1.769.847	176.984	176.984
APLICACIONES DEL HORMIGÓN, S.A.	363.645	1.788.447	178.844	178.844
PREFABRICADOS Y POSTES DE HORMIGÓN, S.A.	441.826	4.654.346	465.434	441.826

Como se desprende del cuadro anterior, en el caso de las empresas ROMERO HORMELEC, S.A., POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, S.A., BUPRE, S.L. y APLICACIONES DEL HORMIGÓN, S.A., el importe básico de la sanción que correspondería aplicar (segunda columna) es superior al límite máximo previsto por el art. 63.1 LDC. Dicho límite (cuarta columna) es el resultado de aplicar el porcentaje del 10% al volumen de negocios total de las empresas en el año 2013. Por tanto, para las cuatro empresas antes mencionadas el importe de la multa debe reducirse para que no exceda dicho límite, de conformidad con los criterios señalados anteriormente. La multa finalmente impuesta a cada empresa se recoge en la última columna de la tabla.

Por su parte, en relación con la situación de concurso de acreedores en la que se encuentra la entidad PREFABRICADOS Y POSTES DE HORMIGÓN, S.A., esta Sala considera que en el presente caso la situación de la citada entidad, en concurso desde el 30 de septiembre de 2014, no supone la imposibilidad de facto de hacer frente a la multa que le pueda corresponder, pues la empresa parece seguir desarrollando alguna actividad económica en la medida en que ha aportado a este expediente su volumen de negocios para todos los años de duración de la infracción, y también para el año 2013, si bien éste es notablemente inferior a los de los años precedentes.

En este sentido, tal como ha señalado la Audiencia Nacional⁹³, la aplicación de esta circunstancia atenuante exige, además de la solicitud del interesado, la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) existencia de un contexto económico y social particular constituido por las consecuencias que el pago de la multa podría tener, en particular en lo relativo a un aumento del desempleo o un deterioro de los sectores económicos a los que la empresa afectada vende; 2) que el pago de la multa ponga en peligro la viabilidad económica de la empresa. Por lo tanto es necesario que exista una relación de causalidad entre el pago de la multa y su incidencia en la viabilidad de la empresa, es decir que los efectos adversos serán causados por el pago de la multa y no por otros factores; 3) que conlleve la pérdida de valor de activos, no siendo suficiente la existencia de una situación de quiebra o insolvencia si no se traduce en una pérdida de valor de los activos. La prueba corresponde aportarla a la interesada.

Por tanto, no estando suficientemente acreditado que PREFABRICADOS Y POSTES DE HORMIGÓN, S.A. no pueda hacer frente a la multa que le corresponda por la infracción acreditada en este expediente, esta Sala considera procedente aplicarle la sanción que le corresponde de conformidad con la gravedad y duración de la conducta, y en atención a su volumen de negocios en los años en las que la empresa llevó a cabo la misma, teniendo en cuenta además que ya se está aplicando el límite máximo del 10% en relación con su

⁹³ Sentencia de 5 de marzo de 2013 (recurso 566/2011), por la que se resuelve el recurso contra la resolución de la CNC S/00226/10 licitaciones de carreteras.

volumen de negocios del año 2013, que ya es muy reducido si lo comparamos con el volumen en el mercado afectado de los años anteriores.

En consecuencia, la sanción a imponer a cada una de las empresas por su participación en las conductas descritas en la presente resolución se recoge en la siguiente tabla (que reproduce la última columna de la tabla anterior):

<i>Sanción impuesta (en euros)</i>	
ROMERO HORMELEC, S.A.	160.645
POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, S.A.	203.067
ADHORNA PREFABRICACIÓN, S.A.	469.681
RUBIERA PREDIS, S.L.	3.334
POSTES XEIXALVO, S.L.	238.731
BUPRE, S.L.	176.984
APLICACIONES DEL HORMIGÓN, S.A.	178.844
PREFABRICADOS Y POSTES DE HORMIGÓN, S.A.	441.826

En su virtud, visto los artículos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

HA RESUELTO

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 la citada infracción a las siguientes empresas:

1. POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, S.A.

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, cámaras 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.
2. ROMERO HORMELEC, S.A., tanto por sus propias actuaciones como por las anteriores llevadas a cabo por POSTES ROMERO S.A. y HORMIGÓN Y ELECTRICIDAD S.A., y muy particularmente por 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, cámaras 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.
3. ADHORNA PREFABRICACIÓN, S.A., tanto por sus propias actuaciones como por las anteriores llevadas a cabo por POSTES NERVIÓN, y muy particularmente por las prácticas consistentes en:
- Acuerdo de fijación de precios de postes de hormigón, tapas 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 y arquetas 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, cámaras 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.

4. PREFABRICADOS Y POSTES DE HORMIGÓN S.A.

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.

5. POSTES XEIXALVO S.L.

Por su participación en las prácticas consistentes 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.

6. APLICACIONES DEL HORMIGÓN S.A.

Por su participación en las prácticas consistentes en:

- Acuerdo de fijación de precios de postes de hormigón, a través de las reuniones periódicas mantenidas desde, al menos, 2009, 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, 2009, 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 Telefónica, de los productos de postes de hormigón desde, al menos, 2009, 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, 2009, y hasta 2011, como coautora de los hechos por las actuaciones de centralización, coordinación y difusión de información entre las demás empresas participantes.
7. RUBIERA PREDIS A S.L., por su participación en las prácticas consistentes en el intercambio de información comercial sensible en el año 2012.
8. BUPRE, S.L.

Por su participación consistente en las prácticas consistentes en:

- Acuerdo de fijación de precios de tapas y arquetas a través de las reuniones periódicas mantenidas durante, al menos, 2011 y 2012, 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, para tapas y arquetas de hormigón, a través de las reuniones periódicas mantenidas durante, al menos, 2011 y 2012, 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 los productos de tapas y arquetas de hormigón durante, al menos, 2011 y 2012, 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.

1. POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, S.A.: **203.067 euros**
2. ROMERO HORMELEC, S.A.: **160.645 euros**
3. ADHORNA PREFABRICACIÓN, S.A.: **469.681 euros**

4. PREFABRICADOS Y POSTES DE HORMIGÓN S.A.: **441.826 euros**
5. POSTES XEIXALVO S.L.: **238.731 euros**
6. APLICACIONES DEL HORMIGÓN S.A.: **178.844 euros**
7. RUBIERA PREDIS A S.L.: **3.334 euros**
8. 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.

QUINTO.- Resolver sobre la confidencialidad relativa a la documentación aportada por las empresas de conformidad con lo señalado en el Fundamento de Derecho Quinto.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.

VOTOS PARTICULARES

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE que formulan los Consejeros D. Fernando Torremocha y García-Sáenz y D. Benigno Valdés Díaz a la presente Resolución, aprobada en la Sesión Plenaria de la SALA DE COMPETENCIA de la CNMC del día 15 de enero de 2015, en el marco del Expediente S/0473/13 POSTES DE HORMIGÓN.

Nuestra discrepancia se explicita de este modo:

PROEMIO.

Para la determinación de la sanción la *Resolución* aplica la *Comunicación sobre Sanciones* aprobada por el Consejo de la extinta CNC con fecha 6 de Febrero de 2009. Por las razones que se exponen en este *PROEMIO*, consideramos que ese método de determinación de sanciones es inapropiado por no adecuarse a lo establecido en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

SOBRE EL REGIMEN SANCIONADOR PREVISTO EN LA VIGENTE LEGISLACIÓN DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

(I) “Volumen de ventas” vs. “volumen de negocios total” de la empresa infractora

El Artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, dice:

« [...] multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 % del **volumen de ventas** correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal».

Y el Artículo 63. 1 (a), (b) y (c) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, dice:

«Los órganos competentes podrán imponer [...] las siguientes sanciones: Las infracciones leves [...] con multa de hasta el 1% [...], las graves con multa de hasta el 5% [...], [y] las muy graves con multa de hasta el 10% del **volumen de negocios total** de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa».

¿Qué diferencia existe entre “**volumen de ventas**” y “**volumen de negocios total**” de una empresa? A nuestro juicio, desde el punto de vista

lingüístico ninguna: el volumen de ventas de una empresa es su volumen de negocios y el término “total” no añade nada a ese concepto, sólo hace de su nombre un pleonismo (“Lo he visto”. “Lo he visto **con mis propios ojos**”). Ahora bien, el asunto está teniendo una enorme importancia en la aplicación del régimen sancionador previsto en la Ley 15/2007: *¿Qué debemos entender por **volumen de negocios total** de la empresa infractora, la facturación de la empresa en todos los mercados en los que opera o únicamente en el mercado en el que comete la infracción?*

Hay quienes consideran que la incorporación del término “total” en la Ley 15/2007 la hace mucho más precisa que su antecesora, la Ley 16/1989, que no incorpora ese término. El argumento es que la palabra “total” implica que el concepto “volumen de ventas” o “volumen de negocios” se refiere a *la totalidad de los ingresos obtenidos por la empresa, con independencia del número de bienes que produce y de mercados afectados por la infracción*. Que en realidad la misma pregunta se hubiera planteado en relación con la Ley 16/1989 (*Vid. STS, Sala de lo Contencioso, de 11 de Noviembre de 2009, en el recurso de casación número 1246/2006*), que no incorpora ese término, demuestra que el verdadero problema (*¿se debe sancionar a una empresa infractora sobre la base del ingreso obtenido en el mercado en el que ha cometido la infracción, o del ingreso obtenido en todos los mercados en los que opera, incluidos aquellos en los que no ha realizado infracción alguna?*), no tiene una solución semántica. Hemos de abordar la cuestión con instrumentos distintos al meramente lingüístico; y, como veremos, esos instrumentos *existen*.

Nuestro punto de partida es, primero, el Art. 3 del Código Civil, que establece: **“1. Las normas se interpretarán [...] atendiendo fundamentalmente a [su] espíritu y finalidad”**; y segundo, el *Preámbulo* de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que resume “el espíritu y finalidad” de la propia Ley: proporcionar un sistema bien articulado que, **“sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales, [nos] permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento del mercado”**.

Con ánimo de aplicar esos principios al presente caso, clasifiquemos las empresas en dos grupos: las que producen un bien y operan en un sólo mercado, y las que producen varios bienes y operan en otros tantos mercados diferentes. (Otras clasificaciones son posibles; por ejemplo, empresas que producen un solo bien y únicamente operan en el mercado regional X vs. empresas que producen

ese bien pero operan en todo el territorio nacional, etcétera. Como el análisis es análogo en todos los casos, nos ceñimos al propuesto).

Pues bien, consideremos una empresa que *produce tres bienes: B1, B2 y B3* y opera en los correspondientes mercados: *MB1, MB2 y MB3*. Imaginemos que comete una infracción que rompe el buen funcionamiento del mercado *MB1*, pero sin que ello tenga influencia alguna en los mercados *MB2* y *MB3*, en los que la empresa tiene un comportamiento ejemplar. Para determinar la sanción, ¿debemos utilizar el “volumen de negocios” en el mercado *MB1* (cuyo “buen funcionamiento” la empresa *ha distorsionado*), o el “volumen de negocios” en *todos* los mercados en los que opera, incluidos *MB2* y *MB3*, cuyo “buen funcionamiento” **no** ha distorsionado en absoluto?

Si la respuesta es el volumen total *consolidado* de negocios, entonces la Ley se vuelve absurda. En efecto: como hemos señalado, su propósito es proporcionar un sistema bien articulado que, **“sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales, [nos] permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento del mercado”**. Sobre esa base, ¿qué lógica tiene sancionar a la empresa por **no** distorsionar el buen funcionamiento de los mercados *MB2* y *MB3*? Por otro lado, si así se hace la Ley es **discriminatoria para las empresas multi-producto en relación con las empresas uniproducto**; y de poco sirve argumentar que la empresa multi-producto puede evitar esa discriminación *organizándose en tantas empresas uniproducto como bienes y servicios produce*, porque en tal caso la Ley está empujando a la empresa a organizarse de manera sub-óptima (de otro modo no habría elegido la forma multi-producto en primer lugar). En otras palabras, la Ley “se derrota a sí misma” porque, aun sin pretenderlo, está interviniendo **“de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales”**.

En suma, si, como afirma el Artículo 3 Código Civil, las normas deben interpretarse *“atendiendo fundamentalmente a [su] espíritu y finalidad”*, entonces por *“volumen de negocio total de la empresa infractora”* debe entenderse, **exclusivamente**, *“el ingreso obtenido por la empresa en el mercado afectado por la infracción”*.

(II) Proceso de determinación de las sanciones

La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, establece los intervalos matemáticos en los que deben situarse las sanciones *en términos del % del volumen de negocios de la empresa infractora en el mercado [afectado por la infracción] en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa*, y atendiendo a los elementos considerados en su Artículo 64.

En efecto, dicha Ley, y su interpretación por la Audiencia Nacional (por todas, SAN 4598/2012, Recurso 188/2012, de 23 de Diciembre de 2013), establecen que, sobre la base de los Artículos 62, 63 y 64, el órgano sancionador determine **un porcentaje concreto** dentro del intervalo (0%,1%) cuando la infracción es leve, (0%,5%) cuando es grave y (0%,10%) cuando es muy grave, porcentaje que al ser aplicado al “volumen de negocios de la empresa infractora [en el mercado afectado] en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa”, da **como resultado el monto** de ésta. En otras palabras, la Ley opera en sentido **“% del volumen de negocios en el ejercicio...→monto de la multa”**.

No está previsto en ella que el órgano sancionador se dote a sí mismo de un método para la determinación de la multa que opere en sentido contrario, es decir, determinar *primero el monto* de la multa y luego, como residuo, el porcentaje que representa sobre el “volumen de negocios de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción”: **“monto de la multa→ % del volumen de negocios en el ejercicio...”**

Dejando aparte si esa forma de proceder es acorde a Derecho o no, lo cierto es que, cuando opera de ese modo, el órgano sancionador se expone a enfrentarse a ciertas “anomalías”; por ejemplo, que el porcentaje así obtenido sea superior al 1%, 5% o 10% que la Ley establece como techo para, respectivamente, las infracciones leves, graves y muy graves.

Un ejemplo de lo anterior lo constituye el método para determinar las multas presente en la *Comunicación sobre Sanciones* aprobada por el Consejo de la extinta CNC con fecha 6 de Febrero de 2009, y a cuyo análisis abordamos a continuación.

(III) «Comunicación» de la extinta CNC sobre cuantificación de sanciones.

(1) El método utilizado por la extinta CNC consiste en obtener lo que la *Comunicación* denomina «importe básico» de la sanción, de la siguiente manera:

$$IB = p \sum_{i=1}^T \alpha_i VMA_i, \quad [1]$$

donde $p \in (10\%, 30\%)$, dependiendo de la gravedad de la infracción y de si el bien o servicio en cuestión es un insumo susceptible de producir efectos en cascada en la producción de otros bienes o servicios; $i=1$, el último año en el que sabemos que se ha cometido la infracción, de modo que $i=2$ es el penúltimo, $i=3$ el antepenúltimo, ..., $i=T$ el primero; VMA_i es el valor de las ventas de la empresa infractora en el mercado afectado en el año i ; y α_i es un factor de ponderación que toma el valor 1 cuando $i=1$, 0.75 cuando $i=2$, 0.50 cuando $i=3$, 0.25 cuando $i=4$, etc.; es decir: $\alpha_1 VMA_1$ representa el valor de las ventas de la empresa infractora en el mercado afectado el último año en el que cometió la infracción, $\alpha_2 VMA_2$ el 75% del valor de las ventas en el penúltimo año de la infracción, etcétera.

Una vez obtenido IB , la sanción efectiva, S , se obtiene multiplicando IB por un factor de corrección, C_a , que toma valores $C_a > 1$ cuando el peso de los agravantes es mayor que el de los atenuantes, $C_a < 1$ cuando sucede lo contrario, y $C_a = 1$ cuando ambos pesan igual o simplemente no existen. Es decir,

$$S = C_a IB \quad [2]$$

Si S está dentro de los intervalos sancionadores establecidos por la ley, S se convierte en sanción efectiva; pero si es mayor que el máximo contemplado en la Ley, entonces se aplicará ese máximo.

(2) Dado que por “volumen de negocios total de la empresa infractora” hemos resuelto que se debe entender exclusivamente el ingreso obtenido en el mercado afectado por la infracción, partimos de ese principio. Podemos distinguir dos casos: (a) el último año en el que la empresa cometió la infracción es el año anterior a aquél en el que se le impone la sanción; y (b) es hace varios años antes. En el primer caso:

$$IB_t = p[VMA_{t-1} + 0.75 VMA_{t-2} + 0.50 VMA_{t-3} + \dots]$$

De modo la sanción efectiva es:

$$S_t = C_a IB_t = C_a p[VMA_{t-1} + 0.75 VMA_{t-2} + 0.50 VMA_{t-3} + \dots]$$

En consecuencia:

(a.1) Si no hay agravantes ni atenuantes, o si ambos pesan igual, entonces $C_a=1$ y S_t es *mucho mayor* que la sanción *máxima* contemplada en la Ley 15/2007 para las infracciones muy graves, 10% de VMA_{t-1} , porque $p \in (10\%, 30\%)$: $S_t > 0.1VMA_{t-1}$. Con más razón, pues, supera el techo de las faltas graves y leves, 5% de VMA_{t-1} y 1% de VMA_{t-1} , respectivamente.

(a.2) Si los agravantes suman más que los atenuantes, $C_a > 1$ y estamos en la misma situación, aunque más exagerada: $S_t \gg 0.1VMA_{t-1}$.

(a.3) Si los agravantes suman menos que los atenuantes, $C_a < 1$ y $S_t \geq 0.1VMA_{t-1}$, aunque no es imaginable un $C_a < 1$ suficientemente pequeño para hacer $S_t < 0.1VMA_{t-1}$ (y no digamos para hacerlo menor que $0.05VMA_{t-1}$ o $0.01VMA_{t-1}$).

Es decir, cuando el último año en el que la empresa cometió la infracción es el anterior a aquel en el que se le impone la sanción, el sistema [1]-[2] genera, **por construcción**, multas que *siempre* son el máximo contemplado en la ley. En otras palabras: *Para las infracciones leves, siempre el 1%; para las graves, siempre el 5%; y para las muy graves, siempre el 10%*. De modo que **los intervalos contemplados por el legislador** (las infracciones leves, hasta el 1%; las graves, hasta el 5%; y las muy graves, hasta el 10%) **devienen irrelevantes** (cualquiera que haya sido la intención con la que fueron previstos por el legislador).

Consideremos ahora la situación (b), es decir, cuando el último año en el que sabemos que se ha producido la infracción *no* es el anterior al año t en el que se impone la sanción, sino uno anterior a él. En primer lugar, ese “último año en el que se produjo la infracción” debe ser *muy anterior* al año t en el que se impone la sanción, de otro modo nos encontraremos en igual situación que en (a). Eso se debe a que las ventas de una empresa raramente experimentan grandes cambios entre dos años consecutivos; en la práctica, VMA_{t-1} es, casi siempre, cercano a VMA_{t-2} y éste, a su vez, a VMA_{t-3} , etcétera. Por tanto, a menos que el último año en el que tuvo lugar la infracción esté muy alejado del año t en el que se impone la multa, la situación con respecto a IB , y por ello a S , será la misma que en (a).

Pero si el último año en el que tuvo lugar la infracción está muy alejado del año t en el que se impone la multa, podemos encontrarnos con que el *Código de Comercio*, Artículo 30.1, proporcione a la empresa infractora una vía de escape: «[...] el volumen de negocios correspondiente a los ejercicios [...], [...] y [...] no puede ser facilitado por la empresa, toda vez que, de conformidad con cuanto le permite el artículo 30.1 del Código de Comercio, no se conserva la

documentación y justificantes concernientes a su negocio y relativos a esos ejercicios», lo que obliga al órgano sancionador a “inventar” el volumen de negocios para cada uno de esos años.

La *Comunicación* propone hacerlo del siguiente modo: «*Cuando para alguno o algunos de los años del período de duración de la infracción no sea posible calcular el volumen de ventas afectado por la infracción, se imputará a tales años el volumen de ventas afectado por la infracción del último año en el que se tenga constancia de que la infracción se ha producido [...]. En aquellos casos en que ni siquiera sea posible calcular el volumen de ventas afectado por la infracción durante el último año de la misma, se tomará en su lugar el volumen de ventas de las cuentas anuales aprobadas en el último ejercicio fiscal*». Con esto, la probabilidad de generar la misma situación que en (a) aumenta.

(IV) Consecuencias de aplicar la «COMUNICACIÓN»

La consecuencia inmediata de aplicar el método de determinación de multas contemplado en la *Comunicación* es que aquéllas tienden a ser ***muy superiores*** a las que, estrictamente aplicada, la Ley 15/2007 produce. Eso ocurre porque, como ya se ha indicado, este “método” presenta, ***por construcción***, un sesgo matemático a hacer desaparecer del Artículo 63.1 la cualificación “*hasta*”, siendo sustituida por “*siempre*”. *Para las infracciones leves, siempre el 1%; para las graves, siempre el 5%; y para las muy graves, siempre el 10%.*

Sólo hay una forma de evitar ese sesgo, ***y aun así sólo en el caso de las empresas multi-producto y/o multi-mercado, y tampoco siempre***. Consiste en interpretar el concepto “*volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa*” como el ingreso ***consolidado*** de la empresa. En ese caso puede que en ocasiones (la probabilidad es mayor cuanto mayor es el volumen de ingreso *consolidado*) resulte $S_t < 0.1VMA_{t-1}$ (pero más difícil que resulte $S_t < 0.05VMA_{t-1}$ o $S_t < 0.01VMA_{t-1}$). Ahora bien, como hemos puesto de manifiesto (*Vid.* Apartado [I] más arriba) esa interpretación del concepto “*volumen de negocios total [...]*” es inasumible.

La segunda consecuencia, probablemente derivada de lo anterior, es que la AN no está a favor de tal “método” y, como resultado, sistemáticamente anula en ese punto (la determinación del monto de las multas) cuantas *Resoluciones* del

Consejo de la extinta CNC pasan por su jurisdicción como consecuencia de los recursos contencioso-administrativos interpuestos por las empresas sancionadas.

Ocurre también que, como $S_t > 0.1VMA_{t-1}$, el órgano sancionador se ve forzado a considerar que el verdadero **cuadro de sanciones** no es el Artículo 63.1, sino el que resulta del algoritmo $S_t = C_a IB_t$; de modo que los intervalos (0%,1%), (0%,5%) y (0%,10%) del Artículo 63.1 (con sus respectivos grados alto, medio y mínimo, como obliga el Derecho español) **no** son verdaderos *intervalos sancionadores*, sino simples indicadores de la multa *máxima* que se puede imponer cuando S_t los supera. En otras palabras, el 1%, 5% y 10% del Artículo 63.1 no son el límite superior de sendos **intervalos sancionadores** sino meros “*umbrales de nivelación*” [sic] de las sanciones obtenidas con el algoritmo $S_t = C_a IB_t$; **y así, el cuadro sancionador de la Ley 15/2007 es secuestrado por el método de cálculo de sanciones de la Comunicación y sustituido por el resultante de ella, que es completamente distinto –algo que la CNMC no está facultada para hacer–**. La Audiencia Nacional ha rechazado repetidamente ese secuestro del *cuadro sancionador* de la Ley 15/2007.

Sobre la base de todo lo anterior, fundamentaremos algunas de nuestras discrepancias con la «Resolución»

PRIMERO.- La *Resolución* afirma lo siguiente (pág. 74): « [...] el proceso de determinación de la multa sigue lo previsto en la *Comunicación* [sobre la cuantificación de las sanciones adoptada por la extinta CNC]».

A la luz de lo expuesto con anterioridad queda claro que a nuestro juicio eso es inapropiado. Pero con independencia de ello, hacemos notar que, si se opta por aplicar la *Comunicación*, al menos debe hacerse correctamente; y la presente *Resolución* no lo hace. En este sentido, destacamos lo siguiente (págs. 78-79): «De acuerdo con el párrafo 14 de la *Comunicación* [...] esta Sala considera aplicar un tipo del 10% [se refiere al parámetro p de la expresión (1) en el Apartado III del PROEMIO] sobre el volumen de negocios ponderado para todas las empresas, a excepción de Rubiera Predisa, S.L, a la que se le aplica un 5% en atención al carácter menos dañino de la conducta y a la duración de la misma [...]».

Pues bien, eso no se puede hacer. No existe resquicio alguno en la *Comunicación* que permita hacer tal cosa. Ninguno. El Punto (14) de la *Comunicación* establece –sin posible duda interpretativa– que p posee un **límite inferior** del 10%, sin disminución alguna dentro del marco de la propia

Comunicación. Por el contrario, el mismo Punto (14) establece asimismo que p , «**partiendo del 10 %, podrá incrementarse** [hasta el 30%] *en consideración a los siguientes criterios [...]*». Y para rematar: «**Por lo tanto**, [el parámetro p] **se situará entre un 10 y un 30%**».

A pesar de lo anterior, la *Resolución* asigna a p , para el caso considerado, el valor 5%. Es igualmente interesante cómo lo justifica: « [...] *en atención al carácter menos dañino de la conducta* [de la empresa en cuestión] *y a la duración de la misma [...]*». Pero esos dos elementos ya han sido tomados en cuenta para calcular el valor de $\sum_{i=1}^T \alpha_i VMA_i$ en la aplicación de la *Comunicación*. Por tanto, si se pudieran utilizar para reducir p entonces serían computados ¡dos veces! Por supuesto, como hemos demostrado en el párrafo anterior, no se pueden utilizar para reducir p – nada se puede utilizar para reducir p ; p no se puede reducir *en ninguna circunstancia*. Sin embargo, eso es lo que hace la *Resolución* –que, por lo tanto, computa el «*carácter menos dañino de la conducta* [de la empresa en cuestión]» y «*la duración de la misma*» ¡dos veces!

La *Comunicación* no puede ser aplicada al libre albedrío del juzgador. Si se aplica, p no puede reducirse por debajo del 10%. El Apartado I-(4) de la propia *Comunicación* da pie a no aplicarla cuando –por razones tasadas que no se dan en el Expediente que nos ocupa– el órgano sancionador no encuentra forma de hacerlo, en cuyo caso permite que sea sustituida, con carácter excepcional, por algún otro mecanismo. Ahora bien, si lo que se pretende es utilizar ese Apartado para **aplicarla pero cambiando sus parámetros al arbitrio del órgano sancionador**, ¿entonces qué queda del Apartado I-(3) de la propia *Comunicación*?

Para decirlo de manera más explícita: Si el órgano sancionador puede cambiar el parámetro p a la baja hasta el nivel que le plazca, entonces también puede cambiar los parámetros α_i –de hecho, **desde el punto de vista matemático da exactamente lo mismo reducir p que los α_i** –, etcétera. Pero en tal caso es el propio órgano sancionador quien se interna, aún más de lo que ya lo hace la *Comunicación*, en el terreno vedado de las «**formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición**» que la sanción «**dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador**» (STC 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5).

SEGUNDO.- Una vez aplicado el criterio sancionador de la *Comunicación* (el algoritmo [1] en el Apartado III del *PROEMIO*), la *Resolución* obtiene el cuadro de

sanciones reflejado en la pág. 79, para inmediatamente afirmar que es **ahora** cuando procede (pág. 79), «comprobar que la multa así calculada no supera el 10% del volumen de negocios total de la empresa en el ejercicio anterior al de imposición de la sanción». Es decir, como se ha indicado en el Apartado II del PROEMIO, la *Comunicación* sitúa el carro delante de los bueyes: *monto de la multa* → % del volumen de negocios en el ejercicio... Y continúa (pág. 80): « [...] en el caso de las empresas ROMERO HORMELEC, S.A., POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN, S.A., BUPRE, S.L. y APLICACIONES DEL HORMIGÓN, S.A., el importe básico de la sanción [...] es superior al límite máximo previsto por el art. 63.1 LDC [...] Por tanto, para las cuatro empresas antes mencionadas el importe de la multa debe reducirse para que no exceda dicho límite».

Pues bien, eso ocurre porque el volumen de negocios del año inmediatamente anterior al de imposición de la multa que considera la *Resolución* es el **consolidado** de las respectivas empresas. Hemos argumentado en el Apartado I del PROEMIO por qué a nuestro juicio eso es inadecuado. Si la *Resolución* hubiera considerado el volumen de negocios en la actividad afectada por la infracción, **todas** las multas impuestas habrían superado el límite del 10% (para la sanción correspondiente a RUBIERA PREDIS, S.L. hemos incorporado $p = 10\%$):

EMPRESA	Volumen de Negocios (durante el año 2013) en la actividad afectada por la infracción	Sanción resultante de aplicar el algoritmo de la <i>Comunicación</i> (Columna 2 del cuadro de la pág. 80 de la <i>Resolución</i>)	% que representa sobre el volumen de negocios (del año 2013) en la actividad afectada por la infracción
POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN	[...]	262.336	58,88%
ROMERO HORMELEC	[...]	732.775	50,87%
PREPHOR	[...]	441.826	100,46%
ADHORNA PREFABRICACIÓN	[...]	469.681	82,05%
XEIXALVO	[...]	238.731	45,72%
BUPRE	[...]	351.109	48,72%
APLIHORSA	[...]	363.645	63,12%
RUBIERA PREDIS	[...]	3.334	10,02%

NOTA: En cada caso el volumen de negocios durante el año 2013 en la actividad afectada por la infracción consta en el Expediente. Aquí se omiten para respetar la confidencialidad de las empresas. Tiene cierto interés observar que en el caso de RUBIERA PREDIS, S.L., la sanción resultante de la aplicación de la *Comunicación* representa el 10% sobre el volumen de negocios afectado: lógico, pues al haber durado su infracción sólo un año tenemos $IB_t = p[VMA_{t-1} + 0.75 VMA_{t-2} + 0.50 VMA_{t-3} + \dots] = p[VMA_{t-1}]$.

TERCERO.- La *Resolución* dice lo siguiente (pág. 76): « [...] el artículo 63.1 de la LDC no fija un arco sancionador, sino un límite». A nuestro juicio, el Artículo 63.1 hace mucho más que fijar «un límite». En particular, **sí fija un arco sancionador**, con **sub-arcos** para cada tipo de infracción considerada: leve, grave o muy grave, cada uno de los cuales posee, por aplicación del Derecho español, su

correspondiente división en grados mínimo, medio y alto. En definitiva, y en **concordancia con nuestra Constitución**, la Ley 15/2007 fija un **completo cuadro sancionador**, del que el “10%” forma parte *al igual que todos los puntos del intervalo (0%, 10%), dependiendo del tipo de infracción con la que están asociados*.

Cosa distinta es que, como hemos señalado en el *PROEMIO* –y demuestra lo expuesto en los anteriores apartados– «ese cuadro sancionador de la Ley 15/2007 es secuestrado por el método de cálculo de sanciones de la Comunicación y sustituido por el resultante de ella, que es completamente distinto –algo que la SALA de COMPETENCIA de la CNMC no está facultada para hacer– .»

CUARTO.- Si el anterior desarrollo argumental cuestiona la *Comunicación* –y por ello el procedimiento sancionador de la *Resolución*– en cuanto construcción matemática apropiada para determinar el monto de las sanciones previstas en los Artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, el **quid sustantivo** radica en la vulneración del principio de legalidad y, en consecuencia, del de seguridad jurídica, lo que conduce a la vulneración de la tutela judicial efectiva, ex Artículos 9 y 24 de la Constitución Española.

La *Comunicación* choca con el principio de legalidad al pretender dar mayor peso aplicativo a una disposición con rango normativo inferior a una Ley que a preceptos legales concretos que sí tienen ese rango: los Artículos 62 y siguientes de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, preceptos que han tenido un desarrollo doctrinal constitucional y jurisprudencial. Como simple mención cabe citar, por todas, la **STC 100/2003, de 2 de Junio**, que en cuanto a la reserva de Ley en la determinación de las sanciones administrativas establece lo siguiente:

«Se abre así la posibilidad de que las leyes se remitan a normas reglamentarias en este ámbito, con el límite infranqueable, en todo caso, de que dicha remisión no facilite “una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley” (SSTC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2; 101/1988, de 8 de junio, FJ 3; 61/1990, de 29 de marzo, FJ 8; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10; y 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4). En definitiva, según se destaca en la STC 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3, reiterando lo ya dicho en el fundamento jurídico 3 de la STC 305/1993, de 25 de octubre, “el art. 25 de la Constitución obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones que les sean de aplicación, sin que sea posible que, a partir de la Constitución, se puedan [...] introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes

por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de Ley". »

Previamente recuerda lo dicho en la doctrina expresada por la STC 42/1987, de 7 de Abril:

«El derecho fundamental así enunciado incorpora la regla "nullum crimen nulla poena sine [praevia] lege", extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término 'legislación vigente' contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora" (loc. cit., FJ 2). [...] hemos hecho hincapié en esta doble garantía en las SSTC 133/1999, de 15 de julio, FJ 2; 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 6; 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4; 75/2002, de 8 de abril, FJ 4; y 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3 [...]

[...] En lo que ahora estrictamente interesa debemos señalar que, supuesta la vinculación de la garantía material con el principio de seguridad jurídica, este Tribunal ha precisado que incorpora el mandato de taxatividad o de lex certa, "que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones" (entre otras, SSTC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3, y 123/2001, de 4 de junio, FJ 11)».

La certeza implica, como también tiene señalado la AN (por todas, SAN de 23 de diciembre de 2013, Recurso Nº 188/2012) *«una determinación clara en cuanto a la sanción aplicable, estableciendo al menos un mínimo y un máximo, que permita graduar la sanción administrativa [...].»*

EN CONCLUSION: Nuestra discrepancia se fundamenta en dos consideraciones básicas: **La primera**, por cuanto una norma de rango inferior no puede atacar lo dispuesto por una norma con rango de Ley. **La segunda**, por cuanto la *Comunicación* es una creación *ad hoc* y su aplicación lleva a un resultado aritmético superior al techo sancionador, que después se corrige a capricho, lo que representa un procedimiento de determinación de las multas que opera en sentido contrario al contemplado en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, con las consecuencias expuestas en el presente Voto Particular.

QUINTO.- A nuestro juicio, el método de determinación de sanciones presente en la *Comunicación* es, no sólo una fuente de problemas, sino *totalmente innecesario*. La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, provee cuantos elementos hacen falta para determinar el monto de las multas. A modo de ejemplo podemos utilizar el Expediente que ahora nos ocupa. La ponencia inicial fue originalmente asignada, por riguroso turno de oficio, a los Consejeros firmantes de este Voto Particular. Fue deliberada en 2014 y, al no aplicar la *Comunicación* para determinar el monto de la multa, fue rechazada por los otros tres miembros de la SALA. En efecto, no aplicábamos la *Comunicación*. En su lugar, el enfoque dado fue el siguiente:

« [...] SÉPTIMO.- Respecto a la legislación a aplicar con vistas a la estimación de una sanción, ha de señalarse que la infracción comenzó cuando estaba vigente la Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia; continuó durante la vigencia de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia; y finalizó bajo la actual Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia. Por ello ha de determinarse cuál de ellas debe ser aplicada. El Art. 128 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, ordena que sea la más favorable para el infractor.

Esta SALA de COMPETENCIA de la CNMC no podría resolver el Expediente sobre la base de la Ley 110/1963, toda vez que, para poder hacerlo, antes tendría que cumplimentar el trámite previsto en su Art. 12º-1, que estipula lo siguiente: «*El Tribunal de Defensa de la Competencia, recibido el expediente instruido por el Servicio, recabará preceptivamente informe del Sindicato Nacional [...]*».

En todo caso, y atendiendo a los Artículos 15º-1-b), 15º-3 y 28º-1-2-3, no podría afirmarse que esa Ley resultara más favorable a las imputadas que la Ley 16/1989 y Ley 15/2007 antes citadas.

En cuanto a éstas dos últimas, la SALA de COMPETENCIA entiende que, *al tratarse aquí de un cártel importante* en términos de su afectación al desarrollo competitivo del mercado relevante, (1) ambas amparan la posibilidad de una sanción de hasta el 10% del volumen de ventas en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, por lo que a este respecto ninguna de las dos presenta una ventaja sobre la otra; pero (2) la Ley 15/2007 ofrece a *todos* los participantes en el cártel la oportunidad de acogerse al Programa de Clemencia de la CNMC, según lo establecido en los Artículos 65 (*Exención del pago de la multa*) y 66 (*Reducción del importe de la multa*) de dicha Ley, y esa es una opción, ventajosa para los imputados, que no contempla la Ley 16/1989. Por ello, esta SALA concluye que, *en este caso*, la Ley a aplicar es la 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

OCTAVO.- Sentado lo anterior, para la *determinación de la sanción* son de aplicación los siguientes preceptos:

(1º) Las conductas examinadas están prohibidas por el Artículo 1 de dicha Ley, que en su apartado primero dispone lo siguiente: «*Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación de forma directa o indirecta de precios [...] c) El reparto del mercado [...]*».

(2º) La misma Ley, en su Artículo 62-4.a), tipifica las conductas aquí examinadas como *infracción muy grave*. En su Artículo 63.1.c), estipula que esa clase de infracciones podrán sancionarse «*con 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*»; y en su Artículo 64.1 establece —con carácter *inclusivo, pero no limitativo*—, los criterios que debe considerar el órgano sancionador para determinar, *dentro del mencionado intervalo*, el porcentaje específico de la sanción.

NOVENO.- Dentro de la tipificación de la conducta examinada como *muy grave*, esta SALA DE COMPETENCIA de la CNMC considera que a la luz de los HECHOS PROBADOS que constan en el Expediente, *el cártel aquí analizado* ha tenido un carácter especialmente dañino, particularmente porque se extendió durante *29 años*, bajo tres Leyes distintas en materia de Defensa de la Competencia. Por ello, merece el máximo reproche.

Sin embargo, no es posible sancionar al cártel como tal, sino a *cada uno de sus miembros de manera individualizada*. Por ello, y en concordancia con la jurisprudencia española y comunitaria, debemos graduar la sanción atendiendo a la gravedad y duración de la infracción (apreciando en cada caso las circunstancias modificativas de responsabilidad individual), y a los principios de proporcionalidad e igualdad de trato. Así, no todos los miembros del cártel permanecieron en él el mismo tiempo, y no todos ellos han tenido igual capacidad para generar daño a los competidores no cartelizados, a los consumidores y a los usuarios. En suma, no todos han afectado por igual al bienestar social.

Las siguientes tablas muestran esas diferencias en cuanto a (i) el alcance de la infracción en términos del *número de productos afectados*; (ii) su *duración*, expresada en años; y (iii) la *cuota de mercado*. En cada caso, la duración de la infracción y el número de productos afectados por ella constan en el Expediente. Como en él no consta la cuota de mercado *del conjunto del cártel para cada uno de los productos afectados*, no es posible determinar las respectivas cuotas absolutas individuales; pero sí es posible establecer una escala *ordinal* de la cuota de cada imputada *relativa* al conjunto del cártel, según desarrollamos a continuación.

Como indicador *ordinal* de las respectivas cuotas, se utiliza el volumen *relativo* de ventas en 2012, por ser éste un año en el que *todas las imputadas estaban presentes en el cártel*. (El caso de RUBIERA PREDISA, S.L., que sólo estuvo presente ese año, merece un comentario posterior). Con este dato, y en combinación con la duración de la infracción, podemos obtener —a los efectos de graduar la sanción— una idea del daño *relativo* infringido por cada una de las empresas imputadas a los competidores no pertenecientes al cártel, y a los consumidores y usuarios, durante todo el periodo de pertenencia al cártel, con independencia del daño *absoluto* causado por él (y que aquí es indexado a 1).

EMPRESA	EXTENSIÓN DE LA INFRACCIÓN: <i>Productos Afectados</i>	DURACIÓN DE LA INFRACCIÓN: <i>Años</i>	<i>RANKING</i> por <i>Extensión y Duración</i> de la infracción
POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN	4	29	1º
ROMERO HORMELEC	4	29	1º
PREPHOR	4	29	1º
ADHORNA PREFABRICACIÓN	4	29	1º
XEIXALVO	1	14	2º [muy alejado del 1º]
BUPRE	2	2	3º [alejado del 2º]
APLIHORSA	1	3	4º [igual posición que 3º]
RUBIERA PREDIS	1	1	5º [alejado del 4º]

EMPRESA	Volumen de negocios (€) <i>afectado</i> en 2012	Cuota de Mercado <i>Relativa al Cártel</i> (V/V)	<i>Ranking</i> de Cuota de Mercado <i>Relativa al Cártel</i>
POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN	[...]	7,70%	7º
ROMERO HORMELEC	[...]	24,65%	1º
PREPHOR	[...]	13,66%	3º [próximo al 2º]
ADHORNA PREFABRICACIÓN	[...]	13,26%	4º [≈3º]
XEIXALVO	[...]	10,39%	6º
BUPRE	[...]	17,72%	2º [lejos del 1º]
APLIHORSA	[...]	11,82%	5º
RUBIERA PREDIS	[...]	0,82%	8º [muy alejado de todos]
		1,00	

El volumen de ventas afectado por la infracción de cada imputada en el año 2012 consta en el Expediente. Se ha eliminado de la Tabla por razones de confidencialidad.

Sobre la base de las dos Tablas anteriores, esta SALA de COMPETENCIA considera que la siguiente sanción, expresada en cada caso como % del volumen de negocios total afectado por la infracción en el año 2013, es apropiada:

EMPRESA	RANKING por <i>Extensión y Duración</i> de la infracción	RANKING por <i>Cuota de Mercado</i> <i>Relativa al Cártel</i>	Sanción Ley 15/2007 <i>como</i> % del Volumen de Negocio afectado por la infracción en 2013
POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN	1º	7º	9,0%
ROMERO HORMELEC	1º	1º	10,0%
PREPHOR	1º	3º [próximo al 2º]	9,5%
ADHORNA PREFABRICACIÓN	1º	4º [≈3º]	9,5%
XEIXALVO	2º [muy alejado del 1º]	6º	7,5%
BUPRE	3º [alejado del 2º]	2º [lejos del 1º]	8,0%
APLIHORSA	4º [igual posición que 3º]	5º	7,0%
RUBIERA PREDISAS	5º	8º [muy alejado de todos]	5,0%

En consecuencia, resultan las siguientes multas sancionadoras (los volúmenes de negocios en 2013 a los que se aplican los respectivos porcentajes constan en el Expediente. Por razón de confidencialidad se omiten de esta Tabla):

EMPRESA	Volumen de Negocios (durante el año 2013) en la actividad afectada por la infracción	Sanción Ley 15/2007 <i>como</i> % del Volumen de Negocio afectado por la infracción en 2013	Monto de la sanción
POSTELÉCTRICA FABRICACIÓN	[...]	9,0%	40.100,79
ROMERO HORMELEC	[...]	10,0%	144.049,78
PREPHOR	[...]	9,5%	41.779,53
ADHORNA PREFABRICACIÓN	[...]	9,5%	54.379,33
XEIXALVO	[...]	7,5%	39.160,50
BUPRE	[...]	8,0%	57.658,10
APLIHORSA	[...]	7,0%	40.330,72
RUBIERA PREDISAS	[...]	5,0%	1.663,49

Como ya se ha apuntado, el caso de RUBIERA PREDISAS, S.L. merece un comentario adicional. En el Informe-Propuesta elevado a esta SALA por la Dirección de Competencia, y por tanto en el Expediente, RUBIERA PREDISAS es imputada por poner a disposición de su competidor ROMERO HORMELEC información sobre precios aplicables al producto *postes de hormigón* en el año 2012. Es decir, únicamente por enviar información sensible sobre un sólo producto y referida a sólo un año. Entre las alegaciones presentadas por la empresa, respondidas por la Dirección de Competencia a satisfacción de esta SALA de

COMPETENCIA, están las siguientes: (1) Que, dado el pequeño tamaño de la empresa, poco daño podía hacer su conducta al bienestar social; y (2) que, de hecho, no causó ninguno, toda vez que los precios puestos en conocimiento de *ROMERO HORMELEC, S. L.* finalmente no fueron los efectivamente aplicados por la propia empresa en ese año.

Esta SALA de COMPETENCIA es consciente de lo primero, y ha sido tenido en cuenta al graduar la sanción (cuota de mercado de la empresa *relativa* al cártel en su conjunto y años de duración de la infracción). Con respecto a lo segundo, queremos dejar asentado el siguiente principio: el intercambio de información sensible entre empresas competidoras es *en sí mismo* una infracción tipificada como muy grave por la legislación vigente en materia de Defensa de la Competencia porque es «*apto para producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia*», con independencia de que dicha información sea o no utilizada para llevar acabo otras prácticas infractoras de dicha legislación.

DÉCIMO.- De los hechos que constan en el Expediente esta SALA de COMPETENCIA no aprecia existencia de factores que puedan ser considerados atenuantes o agravantes ex Artículo 64-2-3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

En virtud de todo lo anterior, vistos los preceptos legales citados y los demás de general aplicación, esta SALA DE COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en la Sesión Plenaria del día XX de octubre de 2014, HA RESUELTO [...]»

Así por este nuestro Voto Particular Discrepante, lo pronunciamos, mandamos y firmamos en Madrid, a 15 de enero de 2015.