

Id Cendoj: 28079230062005100726  
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 6  
Nº de Recurso: 831 / 2001  
Nº de Resolución:  
Procedimiento: CONTENCIOSO  
Ponente: SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

Madrid, a once de mayo de dos mil cinco.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, los recursos acumulados nº 710, 722, 743 y 831/01, seguido a instancias de "Readmick Asland SA", "Promotora Mediterránea 2 SA", "Pionner Concrete Hispania", y "Formigós Girona SA y Suberolita SA", respectivamente representadas por los Procuradores de los Tribunales D. Carlos de Zulueta Cebrián, D<sup>a</sup> Gloria Leal Mora, D<sup>a</sup> Federico José Olivares de Santiago y D<sup>o</sup>. José Manuel Villasante, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado.

El recurso versó sobre impugnación de Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), la cuantía se estimó indeterminada, e intervino como ponente el Magistrado Don Santiago Soldevila Fragoso.

La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO:- En fecha 4 de junio de 2001, en el seno de un procedimiento seguido contra las recurrentes por presuntas conductas prohibidas, se dictó Resolución por parte del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), en cuya parte dispositiva, en lo que afecta este proceso se dispone:

1) Declarar que en el presente expediente ha quedado acreditada la realización de prácticas concertadas con el objeto de fijar unas tarifas prácticamente idénticas a del precio del hormigón en la provincia de Gerona que pueden tener el efecto de restringir en dicho mercado la competencia potencial, prohibidas por el *art. 1 de la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia* , por parte de .... "Readymix Asland SA", "Formigós Girona SA", Pionner Concrete Hispania, y "Suberolita SA" y "Promotora Mediterránea 2 SA".....

2) Intimar a los imputados autores de las prácticas declaradas prohibidas a que en lo sucesivo se abstengan de realizarlas.

3) Imponer las siguientes multas: a Readymix Asland SA 4.393.125 pts, a Formigós Girona SA 13.205.625 pts, a Suberolita SA 2.383.125 pts y a Fornos SA, en la actualidad "Promotora Mediterránea

SA, 15.335.625 pts. y a Pionner Concrete Hispania 2.548.125 pts.

Son hechos de necesario conocimiento para enjuiciar la cuestión planteada los siguientes:

1) Desde el año 1991 las empresas sancionadas procedieron a fijar horizontalmente los precios de venta del hormigón en toda la provincia de Gerona.

2) Las tarifas se publican a comienzos de cada año y se modificaron una vez al año desde 1992 a 1996, siendo los precios prácticamente idénticos para un determinado tipo de hormigón: precio por metro cúbico, tarifa fluida con áridos de un máximo de 22 y resistencia 100. Los precios fueron para 1992 de 8650, 1995 9.450 y 1996 9.650, existiendo un cuadro en la resolución impugnada más detallado al que nos remitimos.

3) Las tarifas eran meramente indicativas pues en realidad se efectuaban descuentos sobre ella.

SEGUNDO:- Por la representación del actor se interpuso recurso Contencioso-Administrativo, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de las demandas, se basó en las siguientes consideraciones:

1) Recurso nº 710/2001 (Recurrente Readymix Asland): Nulidad de la resolución impugnada: El acto impugnado se dictó prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido al limitarse a la recurrente el examen de parte del expediente. También se le limitaron los medios de prueba al haber ratificado la Sala la declaración de confidencialidad de determinada documentación sin que conste la previa declaración por el TDC, con la agravante que dicha documentación tomada en consideración para dictar el acto impugnado. Por otra parte el TDC empleó documentación entregada por la recurrente bajo amenaza de sanción. En el FJ 4, para modular la sanción se han tomado en consideración todos los elementos del artículo 10 LDC y no todos son aplicables a este caso. Denuncia la incongruencia de la resolución impugnada y sostiene que no ha existido práctica comercial anormal alguna

2) Recurso 722/2001 (Recurrente Promotora Mediterránea-2):

a) Prescripción de la infracción: invoca el *art. 12.1 a y c de la LDC*, y señala que tuvo conocimiento formal de la actuación investigadora del TDC o SDC el 15 de enero de 1999 por lo que debe entenderse prescrita cualquier imputación anterior al 15 de enero de 1994. En los años 1994 y 1995 la recurrente no publicó tarifas de precios y destaca la incongruencia del pliego de cargos respecto de 1994, año en el que no existió concertación. En el 95 la recurrente no siguió la tendencia reflejada en el cuadro empleado por el TDC, sin que en consecuencia exista la conducta positiva que para cometer la infracción requiere el SDC. Niega que exista continuidad en la conducta de la recurrente, por lo que no puede aplicarse esta modalidad sancionadora a las conductas de 1996.

b) Inexistencia de infracción de la LDC: No hay acuerdo expreso y dado que la conducta sancionada es una práctica concertada fundada en indicios, era necesario realizar un estudio de mercado para acreditar la identidad de las tarifas y subraya que la orientación que supuso la publicación de las tarifas no afectó al comportamiento del mercado, siendo impropio la imposición de sanción. La imposición de sanción es inmotivada, y ha infringido el *art. 10 LDC (STC 7/1)*

c) Lesión de los principios de proporcionalidad e igualdad: Se critica el reparto de la sanción por lesionar los principios de proporcionalidad e igualdad ya que no se refleja la menor duración de su supuesta actividad anticompetitiva (infracción del *art. 131 Ley 30/1992 y 10 LDC*). También se critica la imposición de una multa conjunta, pues el criterio seguido difiere del caso "vacunas antigripales" en el que el criterio de fijación de la multa fue la de un porcentaje de la mitad (0,5%) sobre la cifra de negocios, en relación al aplicado en este caso (1%).

d) El cálculo de la cuantía de la sanción: El TDC lo ha hecho sobre el volumen de negocio total de las empresas imputadas, dividido por el tiempo total de duración de la actividad, y aplicando un 1%, sin individualizar en cada caso y reparte la sanción en función de la cuota de mercado de cada empresa. Solicita su reducción atendiendo a que no se ha distorsionado realmente la competencia, y la situación de la recurrente en los años 1994 y 1995.

3) Recurso nº 743/2001 (Recurrente: "Pionner Concrete Hispania SA").

a) Inexistencia de práctica imputada a las entidades sancionadas: la resolución del TDC no supera el "test" de control que fijan las SSTC 174 y 175/1985 y la concordante jurisprudencia del TS. No existe evidencia alguna de la existencia de indicios incriminatorios, pues no hay identidad cuantitativa ni temporal de tarifas y en los precios efectivamente aplicados, sin que exista coincidencia en los precios aplicados. Tampoco hay un enlace necesario entre el hecho base o indicio del que se infiere la comisión por las entidades sancionadas de la conducta imputada, y existe una explicación económica alternativa en atención a las características del mercado pues se alineó con los líderes de un mercado fragmentado con especiales características como la perfecta homogeneidad del producto y de los costes de producción y su elevada transparencia. Niega que exista una práctica conscientemente paralela y destaca la existencia de factores que explican su comportamiento económico: el previsible aumento del precio del cemento y el encarecimiento de los precios del mercado de la construcción.

b) Ausencia de efectos en el mercado: la competencia entre las empresas ha sido normal por lo que la coincidencia de precios no tiene capacidad para afectar potencialmente al mercado, especialmente si se tiene en cuenta que la recurrente tiene una cuota de mercado del 3,3 %.

c) Desproporción de la sanción impuesta: el TDC no tuvo en cuenta la cuota del mercado de la recurrente.

4) Recurso nº 831/2001: (Recurrente " **Formigons** Girona SA" y Sueberolita SA).

a) Inaplicabilidad del *art.1.1 LDC* , por inaptitud de la conducta imputada para impedir restringir o falsear la competencia: Niega que exista una práctica concertada para la elaboración de tarifas ni prueba sobre ello, existiendo explicaciones económicas alternativas a la parcial coincidencia de las tarifas. En esencia sus argumentos coinciden con los expuestos anteriormente por los otros recurrentes y subraya que es una empresa líder del sector seguida en la fijación de precios por otras menores.

b) Ineptitud de la conducta imputada para impedir, restringir o falsear la competencia.

c) Incongruencia de la conclusión del pliego de concreción de hechos y en la fundamentación de la resolución recurrida. Indeterminación absoluta del potencial efecto de las tarifas para restringir la competencia. Grave lesión del derecho de la recurrente a ser informada de la acusación formulada: Reconoce el pliego que existe divergencia en las tarifas y la resolución afirma lo contrario. La imputación de hechos se basa en una hipótesis, pues las tarifas son inocuas para la determinación del precio efectivamente aplicado, por lo que se respetó la libre competencia.

d) Improcedencia de la cuantía de la sanción: No se ha causado perjuicio alguno, y el mercado afectado sería muy reducido.

TERCERO:- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia, bien inadmitiendo, bien desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida. Para sostener esta pretensión se alegó lo siguiente: Resulta plenamente acreditada la igualdad de las tarifas, tanto en las cuantías como en las fechas. Invoca la jurisprudencia que admite sancionar con pruebas indirectas y subraya que resultan acreditados los hechos y la aptitud de la práctica denunciada para restringir la competencia.

CUARTO: Practicada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

QUINTO:- Señalado el día 10 de mayo de 2005 para la votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SÉXTO: Aparecen observadas las formalidades de tramitación que son las del procedimiento ordinario.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La cuestión de fondo planteada en este proceso ha sido ya objeto de respuesta por este Tribunal en distintas resoluciones entre las que cabe citar las SSAN de 8 de diciembre, la de 2 de julio de 2003 y la de 19 de junio todas de 2004 . En consecuencia debemos remitirnos a dichas resoluciones y al acuerdo administrativo objeto de recurso cuya fundamentación asumimos, desestimado por lo tanto los recursos acumulados en el presente proceso. En esencia sosteníamos en dichas resoluciones que

efectivamente existió una práctica conscientemente paralela por parte de las empresas sancionadas, contraria a lo dispuesto en el *artículo 1.1 de la LDC*, que se concreta en la publicación de un cuadro de tarifas homogéneas, que no ha sido impugnado, en el que se establece el precio del cemento de hormigón en la provincia de Gerona para unas fechas también coincidentes y en la falta de una explicación alternativa razonable a esta coincidencia. Frente a ésto, las alegaciones vertidas de contrario, tratando de ofrecer una explicación alternativa razonable incurrir en una petición de principio, pues parten de la base de justificar la existencia de las prácticas concertadas en atención a la posición de liderazgo barométrico de las empresas más importantes, o el carácter cerrado del mercado, lo que supone la explícita admisión de la irregularidad denunciada. En definitiva, la coincidencia en las fijaciones de precios, realmente no puede explicarse razonablemente al margen de la convicción expresada por el TDC y compartida por esta Sala de la existencia de una práctica concertada, por lo que también debe rechazarse la demanda en este punto, sin que aún en el supuesto de admitirse que se pagaron en la práctica precios diferentes, esa diferencia tenga la entidad suficiente como para desvirtuar el planteamiento expuesto. Por otra parte, la infracción del *art. 1.1 LDC* se comete con la simple publicación de las tarifas, significando el simple hecho de la publicación, un trasfondo de la voluntad de concertar las voluntades sin que sea necesario la causación de un perjuicio real para entender cometida la conducta ilícita.

Finalmente, tampoco encontramos que haya existido vulneración del derecho a la presunción de inocencia en la medida en que se ha cumplido razonablemente con las exigencias establecidas por el TC para la prueba de indicios (STC 174 y 175/1985), y las sanciones no vulneran los límites de la proporcionalidad, pues, en cualquier caso, se han impuesto en su grado mínimo y la Resolución impugnada tomó en cuenta de forma individualizada las circunstancias de las distintas empresas, razón por la que las sanciones impuestas son diferentes en cada caso, atendiendo a su volumen de negocio.

SEGUNDO: No obstante lo anterior, en el presente caso en los distintos recursos acumulados se han planteado cuestiones autónomas que deben ser objeto de una respuestas diferenciadas. En primer lugar, no ha existido la indefensión que denuncia Readymix Asland pues se ha seguido el correspondiente procedimiento, y no ha acreditado que la declaración de confidencialidad haya afectado a su derecho de defensa pues se trata de una afirmación genérica y limitada su incidencia en la fijación de la cuantía de la sanción, pero no en cuanto a la acreditación de la conducta. Tampoco existe incongruencia alguna en la resolución sancionada, pues el pliego de cargos y la resolución sancionadora son plenamente coherentes en la medida en que se sanciona por la existencia de prácticas anticompetitivas consistentes en la publicación de tarifas homogéneas, lo que no es incompatible con la posibilidad de que los precios finales de cada compañía fueran diferentes, pues la banda de fluctuación no es considerable. Tampoco puede prosperar su tesis anulatoria basada en la obtención de pruebas mediante la exigencia de entrega de documentos en contra de su voluntad, pues el deber de colaboración impone la recurrente la entrega del material documental que le sea requerido y este material no puede identificarse a una declaración, a los efectos del dispuesto en el *art. 24.2 CE*.

Finalmente, también debemos desestimar la petición de "Promotora Mediterránea-2" en relación a la declaración de existencia de la prescripción alegada, pues, en cualquier caso, ha quedado acreditada la realización de la conducta descrita dentro del plazo hábil para sancionar y en consecuencia sus argumentos a partir de esa premisa derivan hacia la posibilidad de atenuar la sanción, cuestión que ya ha sido tratada en sentido desfavorable a sus intereses en definitiva.

TERCERO: No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el *art. 131 de la LJCA*.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente:

## FALLO

Desestimamos el recurso interpuesto y confirmamos el acto impugnado. Sin costas.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

De conformidad con lo dispuesto en el *art. 248 de la LOPJ* al tiempo de notificar esta Sentencia de indicará a las partes que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala III del Tribunal Supremo.

PUBLICACIÓN. La anterior Sentencia fue leída y publicada por el Ilmo Sr. Magistrado Ponente, en audiencia pública.

