

5 AÑOS EN REVISIÓN: LA INFRACCIÓN ÚNICA Y CONTINUADA EN EL DERECHO ESPAÑOL DE LA COMPETENCIA*

5 years under review: the single and continuous infringement in Spanish competition law

Carmen M. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE

*Doctora en Derecho
Subdirectora de Vigilancia
CNMC*

Resumen

A raíz de las sentencias de la Audiencia Nacional anulando el caso Residuos, en el presente artículo se analizarán los últimos desarrollos habidos respecto a los requisitos y límites de la infracción única y continuada en España. En particular, este trabajo profundizará en la aplicación realizada de esta crucial doctrina, tanto por la autoridad administrativa de competencia como por los tribunales españoles en los últimos 5 años y su adecuación a la jurisprudencia europea al respecto.

Abstract

In the wake of the National High Court's annulment of the Residuos case, this article will analyse the latest developments regarding the conditions and limits of the "single and continuous infringement" concept in Spain. In particular, the article will delve deeper into the application of this crucial doctrine by both, the Spanish Competition Authority and the courts as well, in the last five years and its adaptation to the European case law.

Palabras clave: Infracción continuada |

Keywords: Continuous infringement |

* Las opiniones, interpretaciones y conclusiones expresadas en este trabajo son las de su autora, y no representan necesariamente las opiniones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

I. INTRODUCCIÓN

Entre diciembre de 2017 y junio de 2018, la Audiencia Nacional anuló todas las sanciones impuestas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC, en adelante) en su Resolución de 8 de enero de 2015 (expte. S/0429/12 RESIDUOS) a más de 50 empresas, al no considerar satisfecha la concurrencia de los requisitos que definen la infracción única y continuada. Las sanciones anuladas ascendían a casi 75 millones de euros.

En particular, la Audiencia Nacional, partiendo de la jurisprudencia comunitaria al respecto, consideró no acreditado el presupuesto ineludible de la existencia de un plan único de actuación conjunta entre las distintas entidades implicadas, para poder admitir la calificación de infracción única, tal y como había sido delimitada en la resolución de la CNMC. Así, de las numerosas sentencias recaídas, se puede deducir que el argumento principal para desmontar la infracción única y continuada tuvo que ver, principalmente, con la falta de delimitación de los mercados afectados y, en concreto, con la falta de acreditación de la necesaria interrelación entre los diferentes mercados de productos y geográficos afectados, las conductas realizadas en cada uno de ellos y las empresas operativas en los mismos.

En general, la figura de la infracción única y continuada permite aglutinar, basándose en la existencia de un plan conjunto u objetivo idéntico, una pluralidad de actos o comportamientos continuados en el tiempo, realizados por diferentes empresas, como una sola infracción. En consecuencia, una vez corroborada la existencia de ese plan unitario, se podrá imputar a cada una de las empresas participantes en la misma la responsabilidad de la infracción en su conjunto e imponer a cada una de ellas una sola sanción por la misma¹. Ello permite, en último término, hacer responsable a una empresa de los comportamientos planeados o ejecutados por otras empresas, cuando se acredite que, con su comportamiento, ha intentado contribuir asimismo a los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes².

Desde enero 2013 hasta final de mayo de 2019, la CNMC ha dictado 88 resoluciones sancionadoras en materia de conductas restrictivas³, de las cuales 68 han merecido la calificación de infracción única y continuada. Estos datos vienen a corroborar que se trata de un concepto jurídico absolutamente crucial para el derecho de la competencia y su aplicación práctica. Además, su presencia está indisolublemente ligada con las prácticas anticompetitivas más graves, los cárteles, sobre las que las autoridades de competencia de todo el mundo centran, con carácter prioritario, sus recursos y esfuerzos. Por ello, no es de extrañar que, en la medida que su aplicación se ha ido consolidando tanto por parte de las autoridades administrativas de competencia como de los tribunales, su concepto se haya ido desarrollando y delimitando tanto en Europa como en España.

En España, con posterioridad a anulación mencionada, otros casos de cárteles complejos de larga duración que incluían esta figura han sido confirmados por los tribunales. Por ello, parece útil realizar una revisión de los últimos desarrollos habidos en relación con este aspecto tan relevante para la aplicación de la normativa de

¹ Véase, entre otras, Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004, as. ac. 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, Aalborg Portland A/S, apdos. 258 y ss.

² Véase, entre otras, Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004 anteriormente citada, apdo. 83 y Sentencia del Tribunal de justicia de 8 de julio de 1999, as. C-49/92 P, Anic Partecipazioni SpA, apdos. 206-207.

³ Solamente se han tenido en cuenta en este análisis las resoluciones de la CNMC que declaran infracciones de los artículos 1, 2 o 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. No se han considerado las resoluciones del Consejo de la CNMC, pero cuyo procedimiento haya sido tramitado por aquellas CCAA que disponen de órgano de instrucción pero no de órgano de resolución (Madrid, Murcia, Canarias y Navarra).

competencia, por parte de la autoridad de competencia, así como de los tribunales españoles. Para ello, aludiremos, en primer lugar y de forma sucinta, a los orígenes penales de esta figura y a cómo ha sido trasladada, en nuestro ámbito nacional, al régimen administrativo general y al ámbito de defensa de la competencia. Nos referiremos, con posterioridad, a los criterios de aplicación que han sido establecidos y desarrollados jurisprudencialmente, tanto en el contexto europeo como en el español, en relación a las infracciones de competencia. Y finalmente analizaremos, a la luz de los principios desarrollados por la jurisprudencia europea, los casos resueltos por la autoridad española de competencia en estos poco más de cinco años, y los pronunciamientos judiciales recaídos hasta la fecha.

II. APROXIMACIÓN A LA FIGURA DE LA INFRACCIÓN ÚNICA Y CONTINUADA

II.1. Del derecho penal al derecho de la competencia

La infracción única y continuada responde a la concepción de que una infracción de competencia puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o de un comportamiento continuado, aun cuando estos puedan constituir por sí mismos infracciones independientes, toda vez que las diversas acciones se inscriban en un plan conjunto con un objeto idéntico que falsea el juego de la competencia⁴.

De naturaleza eminentemente casuística desde sus inicios, su origen suele situarse en la teoría del delito continuado de Derecho penal, que surgió como una respuesta jurisprudencial y, posteriormente, legal, a la existencia de casos en los que una pluralidad de acciones u omisiones resultaban mejor enjuiciados penalmente desde una perspectiva unitaria. Al margen de antecedentes más lejanos⁵, mayoritariamente esta elaboración se atribuye a los penalistas italianos de los siglos XV, XVI y XVII como una respuesta humanitaria contra la pena desproporcionada que prescribía la pena de muerte al ladrón que incurriera en su tercer hurto⁶. Su finalidad era, por tanto, fundamentalmente, tuitiva, en beneficio del reo.

De construcción jurisprudencial también en sus orígenes, en España el delito continuado se tipificó, tímidamente, por primera vez en el artículo 164 del Código Penal de 1928⁷, de forma taxativa en la reforma del año 1983 a través de su artículo 69 bis⁸ y, en la actualidad, está regulado en el artículo 74 del Código Penal de 1995,

⁴ Véase, por todas, Sentencia del Tribunal de justicia de 8 de julio de 1999, as. C-49/92 P, Anic Partecipazioni SpA, apdo. 81.

⁵ P.A. FREIRE GAVILÁN, *El delito continuado*, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Universidad de Sevilla (disponible en master.us.es/cuadernosmaster/9.pdf), pp. 10-12.

⁶ *Ibidem*, pp. 12 y 13.

⁷ El art. 164 del Código Penal de 1928 establecía que no se aplicarían las penas sobre pluralidad de delitos "cuando todos los hechos ejecutados, aunque constitutivos por sí mismos de otros tantos delitos o faltas, tengan entre sí tal conexión que deban ser apreciados, a juicio del Tribunal, como una sola acción continua. En estos casos, sólo se aplicará la pena más grave de las correspondientes a los hechos ejecutados o la pena inmediatamente superior en grado que se estime procedente, al prudente arbitrio judicial, sin que pueda ser aquella inferior a la que por el delito de menor gravedad correspondiera."

⁸ Artículo 69 bis: "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realizare una pluralidad de acciones y omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo o semejantes preceptos penales, será castigado, como responsable de un delito o falta continuados, con la pena señalada, en cualquiera de sus grados, para la infracción más grave, que podrá ser aumentada hasta el grado medio de la pena superior. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Tribunal impondrá la pena superior en grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

Quedan exceptuadas de lo dispuesto en el párrafo anterior, las ofensas a bienes jurídicos eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la honestidad, en cuyo caso se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva".

conjuntamente con los delitos patrimoniales en masa⁹.

En el ámbito administrativo sancionador esta figura es introducida, por vez primera, en el artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora¹⁰. Y más recientemente, con idéntica redacción, en el artículo 29.6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público¹¹.

De la literalidad de los anteriores preceptos se desprende que el fundamento último del mismo, en derecho español, no ha sido precisamente pietista, sino más bien destinado a evitar las soluciones excesivamente benignas, consecuencia de la aplicación del concurso real de delitos, para aquellas conductas especialmente reprochables o graves. En todo caso, ello pone de manifiesto, y así ha sido señalado constantemente por la doctrina, la ambigüedad e imprecisión que ha acompañado, siempre y en cualquier área, el fundamento, la naturaleza y la aplicación de esta institución¹², que en último término servirá para agravar o aligerar las consecuencias de las acciones enjuiciadas, dependiendo del caso concreto¹³.

En el derecho de la competencia también puede apreciarse claramente esta ambivalencia. Por un lado, la valoración de forma conjunta de los distintos elementos que componen un cártel se va a traducir, en último término, en una única sanción para la empresa y, por ello, en un reproche punitivo de menor intensidad que el que correspondería si se enjuiciase cada episodio de forma autónoma e independiente¹⁴. Precisamente por esta razón, algunas empresas han alegado, en el marco del correspondiente procedimiento sancionador, el carácter de única y continuada de las distintas infracciones imputadas que habían sido delimitadas de forma separada¹⁵.

Por otra parte, consecuencia natural de esta definición unitaria es la posibilidad de apreciar la continuidad de la infracción incluso a falta de prueba sobre la existencia del acuerdo durante algunos periodos determinados o, al menos, en cuanto a su ejecución

⁹ Artículo 74 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: "1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

2. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

3. Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva."

¹⁰ "Asimismo, será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión."

¹¹ "Será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión."

¹² Así, la doctrina alemana le dio una orientación más utilitaria, como solución para resolver los inconvenientes procesales existentes cuando algunos elementos de los hechos delictivos no podían ser determinados. Por otra parte, en el ámbito europeo del derecho de la competencia, la Audiencia Nacional ha señalado la doctrina anglosajona de la conspiracy como fundamento inspirador de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. V. en tal sentido, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de marzo de 2016, núm. de recurso 506/2013.

¹³ J.A. CHOCLÁN MONTALVO, *El delito continuado*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p.15 y C. CAMARGO HERNÁNDEZ, *El delito continuado*, Bosch, Madrid, 1951, p. 32.

¹⁴ En este sentido, Sentencia del Tribunal General de 6 de febrero de 2014, as. T-27/10, AC-Treuhand AG, apdos. 230-233.

¹⁵ Resolución CNMC de 22 de septiembre de 2014, Expte. S/0428/12 PALÉS, fundamento de derecho cuarto. También en el ámbito comunitario, F. CASTILLO DE LA TORRE/E. GIPPINI FOURNIER, *Evidence, Proof and Judicial Review in EU Competition Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Northampton, 2017, p. 93.

por una empresa durante un periodo en concreto. Este hecho no impide considerar la existencia de la infracción durante un período global más largo, siempre que las diferentes acciones persigan la misma finalidad y que la continuidad se pueda deducir de indicios objetivos y concordantes¹⁶.

Tampoco resulta relevante al imputar una infracción de esta naturaleza el hecho de que una empresa no haya participado en todos los elementos constitutivos de la práctica colusoria o que haya desempeñado un papel menor en los aspectos en los que haya participado¹⁷. Así, la mera circunstancia de que cada empresa participe en la infracción de una forma propia a cada una, en función de las características del mercado de que se trate y de la posición de cada empresa en dicho mercado, de los fines perseguidos y de las modalidades de aplicación elegidas o prevista, no basta para excluir su responsabilidad por la totalidad de la infracción, siempre que se demuestre que esa empresa conocía las actividades contrarias a la competencia de las demás empresas o que podía razonablemente preverlas¹⁸.

A la postre, la configuración de la infracción única y continuada permitirá hacer responsable a una empresa de los comportamientos adoptados por otras empresas en el marco de la misma infracción, durante todo el periodo de su participación en dicha infracción, cuando se acredite que, con su comportamiento, ha intentado contribuir asimismo a los objetivos comunes perseguidos por aquellas¹⁹.

En todo caso, aquella forma propia o limitada de participación se tomará en consideración cuando se valore la gravedad de la infracción y, en su caso, se determine la multa²⁰.

A nuestro juicio, esta sucinta aproximación a la institución de la infracción única y continuada permite defender, como se intentará demostrar en las páginas siguientes, un criterio de proporcionalidad o justicia material como propósito último de la misma, en el sentido de que realmente exista coherencia entre las acciones llevadas a cabo por sujetos y la sanción impuesta a los mismos. Ello evidentemente también irá acompañado de cierto elemento de utilidad procedimental para el órgano acusador, en el sentido de facilitar la prueba, en estas infracciones continuadas en el tiempo en las que participan múltiples intervinientes y en las que las pruebas son fragmentarias, contra determinadas empresas para las que no ha sido posible recabar material probatorio directo en determinados periodos²¹. Pero incluso en aquellos casos en los que se tiene constancia más detallada y minuciosa de lo realizado por las empresas, no

¹⁶ Entre otras, v. Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012, as. C-441/11 P Verhuizingen Coppens NV.

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004, as. ac. 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, Aalborg Portland, apdo. 86.

¹⁸ Sentencias del Tribunal General de 12 de julio de 2011, as. T-113/07, Toshiba Corp., apdos. 220 y ss.; y de 10 de octubre de 2014, as. T-68/09, Soliver NV, apdos. 60 y ss.

¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 2015, as. ac. C-293/13 P y 294/13, Fresh Del monte Produce Inc., apdos. 158-159.

²⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004, as. Aalborg Portland, apdo. 86.

²¹ En tal sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004, as. Aalborg Portland:

“55 Al ser notorias tanto la prohibición de participar en estos acuerdos y prácticas contrarios a la competencia como las sanciones a las que pueden exponerse los infractores, es habitual que dichos acuerdos y prácticas se desarrollen clandestinamente, que las reuniones se celebren en secreto, a menudo en un país tercero y que la documentación al respecto se reduzca a lo mínimo.

⁵⁶ Aunque la Comisión descubra documentos que acrediten explícitamente un contacto ilícito entre los operadores, como las actas de una reunión, dichos documentos sólo tendrán carácter fragmentario y disperso, de modo que con frecuencia resulta necesario reconstruir algunos detalles por deducción.

En la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia se infiere de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas sobre competencia.

⁵⁸ Además, la Comisión puede encontrarse ante dificultades inherentes a las complejas estructuras de algunos operadores, a las reestructuraciones y a las modificaciones de la personalidad jurídica de las empresas.”

parece tampoco razonable sancionar a estas con la pena imponible para cada episodio particular, sino con una sanción única que realmente sea reflejo de la envergadura real y la gravedad del ilícito cometido.

Por todo ello, su aplicación, incluso en el ámbito penal, va indisolublemente ligada a un mayor grado de interpretación del juzgador para adaptar el concepto abstracto al caso concreto o, si se prefiere, a un cierto margen de discrecionalidad de aquel a la hora de apreciar su concurrencia y delimitar, en cada caso, su contorno preciso²².

II.2. Requisitos de aplicación en el ámbito comunitario de defensa de la competencia

En la normativa comunitaria de defensa de la competencia no es posible encontrar una definición legal de infracción única y continuada ni una tipificación de sus requisitos de aplicación. Así, en los instrumentos legales básicos, constituidos fundamentalmente por los artículos 101 a 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y en el Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del TFUE (antiguos artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea), solamente encontramos una previsión puntual, en cuanto al cómputo del plazo de la prescripción de las infracciones en el artículo 25.2 del Reglamento 1/2003 mencionado, estipulando que *“respecto de las infracciones continuas o continuadas, la prescripción sólo empezará a contar a partir del día en que haya finalizado la infracción”*.

No obstante, esta figura, que fue utilizada por primera vez por la Comisión Europea en 1986 en su decisión del cártel de Polipropileno, sí que ha recibido desde entonces una atención pormenorizada por parte de los tribunales europeos²³. Por tanto, para conocer los criterios de aplicación de la misma es necesario analizar la jurisprudencia europea al respecto.

Como hemos venido afirmando desde el principio, la apreciación de esta figura se construye, de forma inapelable, en torno a la prueba de la existencia de un plan conjunto, objetivo común o finalidad económica única de las distintas actuaciones o del comportamiento continuado²⁴, que convirtiera en artificial subdividir la práctica continuada en varios comportamientos distintos²⁵.

²² Ello puede observarse, por ejemplo, en la Resolución de la CNMC de 22 de septiembre de 2014, Expte. S/0428/12 PALÉS, en la que la Sala de Competencia puso de manifiesto su divergencia de criterio respecto a la delimitación de la infracción realizada por la Dirección de Competencia, resolviendo finalmente la existencia de una única infracción continuada y no dos infracciones autónomas e independientes entre sí. O en la Resolución de 2 de enero de 2014, expte. S/0404/12 Servicios Comerciales AENA, en la que el Consejo de la CNMC declaró que las conductas analizadas en el mismo debieron «subsumirse en el Expediente Sancionador S/0380/11 Coches de alquiler, por cuanto la denuncia de las conductas, las conductas y las infracciones, en ambos expedientes sancionadores, gozan de unidad de acto: creación de un cártel con la finalidad de fijar los precios en el mercado de los coches de alquiler sin conductor y el establecimiento de determinadas condiciones, así como el intercambio de información comercialmente sensible entre las empresas que lo conforman».

En sede judicial, también puede citarse, a modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2013 que, en materia de telecomunicaciones, refleja asimismo la disparidad de criterios entre la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en cuanto a la apreciación en el caso específico de la existencia de una infracción única y continuada.

En el ámbito comunitario, también se ha referido a ello, T. WEBB, “Picking up the pieces”, *Global Competition Review*, vol. 19, núm. 3, p. 25.

²³ Al respecto, T. WEBB, “Picking up the pieces”, *op. cit.* pp. 22 y ss.

²⁴ F. CASTILLO DE LA TORRE/E. GIPPINI FOURNIER, *Evidence, Proof and Judicial Review in EU Competition Law*, *op.cit.*, p. 88.

²⁵ Sentencias del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999, as. Anic Partecipazioni SpA, apdo. 42; y de 7 de enero de 2004, as. Aalborg Portland, apdo. 259. Asimismo, Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2011, as. T-211/08, Putters international NV, apdo. 31.

En este contexto, la jurisprudencia europea ha precisado que el concepto de objetivo único no puede determinarse mediante una referencia general a la distorsión de la competencia en el mercado afectado por la infracción²⁶, puesto que el perjuicio para la competencia constituye, como objeto o efecto, un elemento consustancial a todo comportamiento incluido en el ámbito de aplicación del artículo 101 del TFUE²⁷.

Para acreditar la existencia de este elemento esencial, es necesario, de conformidad con esta jurisprudencia, en primer lugar, verificar si las distintas actuaciones presentan un vínculo de complementariedad, en el sentido de que contribuyan, mediante una interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia buscados por sus autores²⁸ o, al menos, constatar si hay algún elemento de los distintos comportamientos que forman la infracción que pueda indicar que la conducta llevada a cabo por alguna de las empresas no tiene el mismo objetivo o efecto anticompetitivo²⁹.

Para ello, desde el punto de vista de la propia conducta material, normalmente, habrá que tener en cuenta circunstancias tales como el período de aplicación, el contenido (incluyendo los métodos empleados) y el objetivo de los diversos comportamientos de que se trata³⁰. Ahora bien, el hecho de que las prácticas ilícitas se refieran a productos distintos, pero complementarios, no excluye la existencia de una infracción única³¹.

En segundo término, es necesario asimismo corroborar, desde una perspectiva subjetiva, que cada una de las empresas intentó contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes³². En tal sentido resulta obligatorio dirimir la participación de la empresa en todos los comportamientos que componen la infracción única y continuada o su conocimiento de los mismos³³.

Así, atendiendo a la última jurisprudencia al respecto, se pueden distinguir tres escenarios o situaciones³⁴. Primero, cuando una empresa haya participado directamente en todos los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada previamente delimitada, en cuyo caso es posible imputarle la responsabilidad de dicha infracción en su totalidad. En segundo lugar, cuando una empresa haya participado directamente sólo en una parte de los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, pero ha tenido conocimiento de los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás participantes en el cártel o ha podido preverlos de forma razonable, también se puede lícitamente imputar a dicha empresa la responsabilidad de la infracción única y continuada en su totalidad. En estos casos, ya mencionamos que el hecho de que una empresa no haya participado en todos los elementos constitutivos de una práctica

²⁶ F. CASTILLO DE LA TORRE/E. GIPPINI FOURNIER, *Evidence, Proof and Judicial Review in EU Competition Law*, op.cit., p. 90.

²⁷ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 2007, as. Ac. T-101/05 y T-111/05, BASF AG; y Sentencia del Tribunal General de 6 de febrero de 2014, as. T-27/10, AC-Treuhand AG, apdo. 240.

²⁸ Sentencia del Tribunal General de 6 de febrero de 2014, as. AC-Treuhand AG, apdo. 241.

²⁹ Sin embargo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de diciembre de 2013, as. ac. C-239/11 P, C-489/11 P and C-498/11 P, Siemens AG., apdos. 247-248, afirma que tal requisito de complementariedad no es necesario que sea demostrado por el tribunal.

³⁰ Sentencia del Tribunal General de 6 de febrero de 2014, as. AC-Treuhand AG, apdo. 241. Adicionalmente, v. F. CASTILLO DE LA TORRE/E. GIPPINI FOURNIER, *Evidence, Proof and Judicial Review in EU Competition Law*, op.cit., p. 90.

Por otra parte

³¹ Sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013, as. T-378/10, Masco Corp., apdo. 67.

³² Sentencia del Tribunal General de 16 de junio de 2011, as. Putters international NV, apdo.33.

³³ Sentencia del Tribunal General de 9 de septiembre de 2015, as. T-104/13, Toshiba Corp, apdos. 49 y ss.

³⁴ Véase, por todas, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 2015, as. ac. C-293/13 P y 294/13, Fresh Del monte Produce Inc., apdos. 158-159.

colusoria o que haya desempeñado un papel menor en los aspectos en los que haya participado no es relevante al imputarle una infracción y solamente se tomará en consideración dichos elementos cuando se valore la gravedad de la infracción y, en su caso, se determine la multa³⁵.

Por último, cuando una empresa ha participado directamente sólo en una parte de los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, pero no se ha acreditado que tenía conocimiento de los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por otros participantes o que pudiera de forma razonable haberlos previsto³⁶, en este caso es posible imputarle, exclusivamente, la responsabilidad de los comportamientos en los que participó directamente³⁷.

Ahora bien, teniendo en cuenta la naturaleza secreta de este tipo de infracciones y el carácter normalmente fragmentario del material probatorio sobre las mismas, lo dicho anteriormente no exime de responsabilidad a una empresa por el hecho de la falta de prueba sobre la existencia de la infracción durante algunos períodos determinados o, al menos, en cuanto a su ejecución por la empresa durante un período en concreto, siempre que esta haya participado en ella antes y después de ese período, las diferentes acciones acreditadas persigan una única finalidad y no existan indicios de que la infracción se había interrumpido en lo concerniente a esa empresa³⁸. Adicionalmente, aun cuando se pueda considerar que la participación de la empresa en la infracción se interrumpió, se puede hablar de infracción continuada (que no continua³⁹), si existe un objetivo único perseguido por ella antes y después de la interrupción, pero en estos casos no se puede imponer una multa por el período durante el que ésta se interrumpió⁴⁰.

Por otra parte, basta con que se demuestre que la empresa afectada ha participado en reuniones en las que se han concluido acuerdos contrarios a la competencia, sin distanciarse públicamente de su contenido o sin denunciarla a las autoridades administrativas, para probar la participación de dicha empresa en el cártel⁴¹. A este respecto, en el supuesto de una infracción que se prolongue varios años, la falta de distanciamiento público constituye asimismo un factor de gran importancia que prueba la persistencia en la conducta contraria a la competencia por parte de una empresa. Ahora bien, en el supuesto de que, durante un período significativo, se hayan celebrado varias reuniones colusorias sin la participación de la empresa de que se trate, la imputación deberá basarse, adicionalmente, en otros elementos de prueba⁴².

En definitiva, en el Derecho europeo de la competencia, se exige como condición fundamental para poder sancionar diversos comportamientos como infracción única y continuada, que aquellos respondan a un plan global con idéntico objetivo o finalidad económica. Para ello, será necesario demostrar la vinculación entre ellos, tanto desde un punto de vista objetivo (productos afectados, formas de ejecución, período de

³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004, as. ac. 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, Aalborg Portland, apdo. 86.

³⁶ Al respecto, F. CASTILLO DE LA TORRE/E. GIPPINI FOURNIER, Evidence, Proof and Judicial Review in EU Competition Law, *op.cit.*, pp 94-96.

³⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 2015, as. Fresh Del monte Produce Inc., apdos. 158-159.

³⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012, as. Verhuizingen Coppens NV, apdo. 72 y Sentencia del Tribunal General de 17 de mayo de 2013, as. ac. T-147/09 y T-148/09, Trelleborg Industrie SAS, apdo. 87.

³⁹ Sobre la distinción entre infracción continua y continuada, v. entre otras, la Sentencia de 16 de marzo de 2016, núm.de recurso 0495 / 2013, fundamento de derecho octavo.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal General de 17 de mayo de 2013, as. Trelleborg, apdo. 88.

⁴¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004, as. Aalborg Portland, apdos. 81-85.

⁴² Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 2015, as.C-634/13 P, Total Marketing Services SA, apdos. 15-32.

aplicación, ámbito geográfico) como subjetivo (contribución al plan global y conocimiento de los restantes comportamientos)⁴³.

II.3. Requisitos de aplicación en el ámbito español de defensa de la competencia

Al igual que sucede en la ámbito comunitario, ni la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) ni el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC) contienen una definición ni una regulación pormenorizada de la infracción única y continuada, más allá de la previsión contenida en el artículo 68.1 de la LDC, que establece que el término de la prescripción de las infracciones de competencia se computará desde el día en que se hubiera cometido la infracción o, "en el caso de infracciones continuadas, desde el que hayan cesado".

Por ello, supletoriamente, se ha venido aplicando el régimen administrativo sancionador general⁴⁴. En un primer momento, el artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora y, actualmente, el artículo 29.6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; ambos con idéntica redacción: "[...] será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión". De dicha literalidad pueden extraerse ya los requisitos legales para su aplicación, a saber, pluralidad de acciones u omisiones ilícitas, mismo precepto infringido y existencia de un plan preconcebido.

Estos requisitos, por lo que respecta a su aplicación a las infracciones de competencia, han ido, asimismo, modulándose y concretándose en los últimos diez años por parte de los tribunales españoles, especialmente por parte de la Audiencia Nacional. A este respecto, puede observarse, como veremos inmediatamente, una evolución de esta doctrina jurisprudencial interna en el sentido de identificarse cada vez más con los criterios de aplicación que, para la infracción única y continuada, ha establecido la jurisprudencia europea y a los que nos acabamos de referir.

Así, por ejemplo, cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2013⁴⁵, en la cual se desarrollan los anteriores requisitos legales, estableciendo la concurrencia, con carácter general, de los siguientes aspectos para poder apreciar una infracción continuada en este ámbito: *"a) La ejecución de una pluralidad de actos por el mismo sujeto responsable, próximos en el tiempo, que obedezcan a una práctica homogénea en el modus operandi por la utilización de medidas, instrumentos o técnicas de actuación similares; b) La actuación del responsable con dolo unitario, en ejecución de un plan previamente concebido que se refleja en todas las acciones plurales que se ejecutan o con dolo continuado, que se proyecta en cada uno de los actos ejecutados al renovarse la voluntad infractora al presentarse una ocasión idéntica a la precedente; y c) La unidad del precepto legal vulnerado de modo que el bien jurídico lesionado sea coincidente, de igualo semejante naturaleza."*

⁴³ P. ALEXIADIS/D.G. SWANSON/A. GUERRERO, «Raising the EU evidentiary bar for the single and continuous infringement doctrine», *Concurrences Review*, nº 4-2016.

⁴⁴ M. L. LABRADA/B. DE GUINDOS, La infracción única y continuada, en Anuario de la Competencia 2009, Fundación ICO, pp. 197 y 199.

⁴⁵ Núm. de recurso 1947/2010, promovido por BILBAO BIZKAIA KUTXA (BBK), en relación a la resolución del extinto Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 18 de octubre de 2007, recaída en el expediente 617/06.

Similar valoración es realizada por el Alto Tribunal en la más reciente Sentencia de 3 de febrero de 2017⁴⁶, cuando confirma en relación a la infracción continuada: *“Se trata, pues, de una conducta continuada, una unidad jurídica formada por varios actos de coordinación que son contrarios a la competencia y se reiteran en el tiempo con la finalidad o propósito de distorsionar la competencia en el mercado de las licitaciones y todo ello permite calificar la conducta como infracción continuada.”*

Ahora bien, al tratarse de una cuestión eminentemente fáctica, la cuestión ha sido analizada de forma más minuciosa por la Audiencia Nacional. En este sentido, como señalamos, se puede apreciar en sus pronunciamientos una evolución clara de integración en nuestro derecho de la jurisprudencia comunitaria al respecto.

En este orden de cosas, basta comparar, a modo de ejemplo, las Sentencias de la Audiencia Nacional de 25 de octubre de 2012⁴⁷, en la que se subrayó de forma sucinta exclusivamente la existencia de un mecanismo común, diseñado de forma que operaba en todos los casos de manera idéntica; o la de 21 de febrero de 2013⁴⁸, en la que se puso el acento, como elemento cohesivo de las diferentes conductas, en la existencia de un objetivo o finalidad común, que en este caso era detener la bajada de precios en el mercado del mejillón gallego, provocada por la aparición de nuevos competidores, con la Sentencia de 15 de julio de 2014⁴⁹, recaída en el expediente S/0192/09 ASFALTOS, en la que la Audiencia Nacional modificó la valoración realizada por la autoridad administrativa de competencia, especificando concretamente que:

“el hecho de que la sistemática sea la misma, y el sector empresarial el mismo, no basta para entender que se trata de un único cártel que se ha dividido en tres zonas geográficas por las características del producto. Por el contrario, como puso de manifiesto la Dirección de Investigación, puesto que lo relevante es la toma de contacto directa entre competidores para desvelar las conductas a adoptar y modificarlas en beneficio de los miembros del cártel, solo por el hecho de que una determinada empresa presuntamente participara en las reuniones independientes relativas a tres zonas geográficas distintas, la conclusión que extrae esta Sala es que si la conducta tipificada viene constituida precisamente por tales acuerdos, los cárteles son tres y no uno. No se ha acreditado la existencia de un plan conjunto integrador de las distintas conductas colusorias subyacentes, León, Burgos, País Vasco, ni se ha acreditado que las empresas conocieran ese supuesto plan conjunto, con independencia de lo que resulte para el concreto supuesto del grupo empresarial presente en las tres zonas geográficas”.

Lo mismo cabe decir de las posteriores sentencias de 23 de julio de 2014⁵⁰, 16 de junio de 2016⁵¹ e, indubitadamente, de las numerosas y similares sentencias recaídas a finales de 2017 y 2018⁵², con ocasión de la revisión judicial del expediente de Residuos,

⁴⁶ Núm. De recurso 2748/2014, promovido por ARRUTI SANTANDER S.A., en relación al expte. S/0329/11 Asfaltos Cantabria.

⁴⁷ Núm. de recurso 678/2011, promovido por SERVICIOS Y OBRAS DEL NORTE S.A. (SEÑOR).

⁴⁸ Núm. de recurso 298/2011, promovido por ASOCIACIONES DE MEXILLOEIROS DE A ILLA DE AROUSA.

⁴⁹ Núm. de recurso 686/2011, promovido por Compañía General de Hormigones y Asfaltos SA, (GEHORSA).

⁵⁰ Núms. de recurso 150/2013 y 176/2013, promovidos por Torres Espic SL y Tepol SA.

⁵¹ Núm. de recurso 542 / 2013, promovido por Armacell Iberia S.L.

⁵² ALBA: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, ALIANPLAST: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, ANSAREO: Sentencia de 28 de diciembre de 2017; ASELIPI: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, AREMA: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, BEFESA: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, BETEARTE: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, CARPA y HOLMEN: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, CESP A y CESP A GESTIÓN: Sentencia de 22 de febrero de 2018, ECOGESTION: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, ECOIMSA y GRUPO TRADEBE: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, FCC: Sentencia de 22 de febrero de 2018, GARCES: Sentencia de 4 de junio de 2018, GESTION Y VALORIZACION INTEGRAL DEL CENTRO: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, GRIÑO ECOLOGIC: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, HERA: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, HERMANOS INGLES-VIDAL: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, HIJOS DE DEMETRIO FERNANDEZ: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, IRMASOL: Sentencia de

que coinciden en apreciar insuficiente la acreditación realizada por la Resolución de la CNMC de 8 de enero de 2015, de la concurrencia de los requisitos exigidos por la jurisprudencia comunitaria, para considerar que las conductas de las distintas empresas sancionadas encajaban en el concepto de infracción única y continuada. El razonamiento de la Audiencia Nacional se basa, en líneas generales, en el hecho de que muchos de los sujetos infractores intervienen en sectores claramente diferentes y en ámbitos geográficos no coincidentes, lo que a todas luces no permite apreciar los vínculos de complementariedad necesarios entre las conductas llevadas a cabo y las empresas partícipes en las mismas y, en último término, impide considerar que la actuación de dichas empresas se ha producido en el marco de un plan global o conjunto dirigido a la obtención de un objetivo común.

Un proceso de verificación y un nivel de escrutinio similar ha sido llevado a cabo posteriormente, para confirmar el caso Rodamientos ferroviarios, por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de julio de 2018⁵³.

De estos últimos pronunciamientos puede concluirse, por tanto, que, en la actualidad, la autoridad española de la competencia, para poder apreciar la existencia de una infracción de este tipo, está sujeta, de forma indiscutible, al estándar establecido por la jurisprudencia europea en la materia. Lo que significa a la postre que la convicción de la existencia de un plan conjunto o preconcebido que vincule los distintos elementos de la misma, deberá estar, en todo caso, sustentada no solamente en la conexión objetiva de las distintas conductas, tales como el mecanismo de aplicación ejecutado, los productos afectados o el ámbito geográfico o temporal de las mismas, sino también en la subjetiva, es decir, que la empresa haya participado directamente en todos los comportamientos o haya tenido conocimiento (demostrado o presunto) de los comportamientos infractores de los demás participantes.

III. INFRACCIONES ÚNICAS Y CONTINUADAS DECLARADAS POR LA CNMC EL PERÍODO 2013-2019

Como señalamos al principio, en el período 2013-2019, la autoridad española de competencia ha dictado 88 resoluciones sancionadoras, de las cuales 68 contienen la calificación de infracción única y continuada. Partiendo de los criterios y, más concretamente, de los escenarios establecidos en la jurisprudencia comunitaria y que como hemos visto han sido, por analogía, trasladados a nuestro derecho interno, consideramos de interés hacer una revisión de las infracciones únicas y continuadas declaradas por la autoridad administrativa, y sobre las que existen ya algunos pronunciamientos judiciales, en orden a concluir la aplicación consistente o no, que de esta figura está haciendo la CNMC en los últimos años.

28 de diciembre de 2017, LKS MENOSKA: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, LOGÍSTICA AMBIENTAL: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, MAGMA Sentencia de 28 de diciembre de 2018, MARPOL: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, POSUSA: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, RECICLAJES ELDA: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, RECUPERACIONES ALVAREZ TORRES: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, ANTONIO PEREZ ANDREU E HIJOS: Sentencia de 28 de diciembre de 2018, RECREP: Sentencia de 28 de diciembre de 2017, RECUPERACIONES LAPUERTA: Sentencia de 10 de enero de 2018; RECIRESA: Sentencia de 28 de diciembre de 2017; RECUPERACIONES MARCEL NAVARRO: Sentencia de 28 de diciembre de 2017; RECYPIAS: Sentencia de 28 de diciembre de 2017; RUA PAPEL GESTION: Sentencia de 28 de diciembre de 2017; S. SOLIS: Sentencia de 28 de diciembre de 2017; SAICA: Sentencia de 26 de febrero de 2018; SANTOIL: Sentencia de 28 de diciembre de 2017; SEBASTIA LLORENS: Sentencia de 28 de diciembre de 2017; URBASER: Sentencia de 23 de febrero de 2018; GRUPO F. SANCHEZ: Sentencia de 28 de diciembre de 2017; VALDEMINGOMEZ 2000: Sentencia de 28 de diciembre de 2017; VALORIZA: Sentencia de 28 de diciembre de 2017; VERINSUR: Sentencia de 27 de febrero de 2018, ACESER: Sentencia de 28 de diciembre de 2017.

⁵³ Sentencia de 25 de julio de 2018, núm. de recurso 65/2015, fundamento derecho undécimo.

Evidentemente, por los propios límites de este trabajo, no será posible hacer un análisis en profundidad de cada uno de los casos mencionados, pero un análisis somero de los mismos y de cómo los mismos han sido revisados hasta el momento por la jurisdicción contenciosa, nos permitirá, al menos, determinar la trayectoria seguida en estos últimos cinco años por la CNMC, así como conocer el rumbo marcado al respecto para los próximos años.

III.1. Escenario 0

Este primer grupo de casos estaría compuesto por aquellas resoluciones en las que ha sido declarada una infracción continuada llevada a cabo por una sola empresa. Normalmente la empresa sancionada es una asociación, que lleva a cabo una recomendación de precios o un acuerdo de precios, o una empresa en posición dominante en el mercado que abusa de la misma.

Como fácilmente puede deducirse, estos casos no presentan mayor complejidad porque la infracción es realizada por una sola empresa de forma continuada en el tiempo. En estos supuestos, la aplicación de la figura de la infracción única y continuada determinará que tampoco se sancione a la empresa por cada uno de los episodios concretos realizados, sino por una única infracción que tendrá en consideración la gravedad y la duración del ilícito en su conjunto. Muchos de estos casos, por lo demás, ya han sido confirmados por los tribunales.

ESCENARIO 0: UNA ÚNICA EMPRESA

EXPEDIENTES	REVISIÓN JUDICIAL
S/0360/11 AGEDI	CONFIRMADO
S/0373/11 CORREOS 2	ANULADO (POR OTROS MOTIVOS)
S/0430/12 CONTRATOS DE PERMANENCIA	ANULADO (POR OTROS MOTIVOS)
S/0444/12 GEA	CONFIRMADO
S/0446/12 ENDESA INSTALACIÓN	CONFIRMADO
S/0455/12 GRUPOS DE GESTIÓN	CONFIRMADO
S/0460/13 SGAE CONCIERTOS	CONFIRMADO
S/0463/13 ASTRACO	CONFIRMADO
S/0500/13 AGEDI/AIE RADIO	PENDIENTE
S/0511/14 RENFE OPERADORA	PENDIENTE
S/0518/14 AERC	CONFIRMADO
S/0558/15 ACB	PENDIENTE
S/0560/15 COLEGIO ABOGADOS GUADALAJARA 2	PENDIENTE
S/0580/16 CRIADORES DE CABALLOS	PENDIENTE
S/0590/16 DAMA VS SGAE	PENDIENTE

III.2. Escenario A

En este segundo grupo de casos, referido ya mayoritariamente a cárteles, estarían comprendidas aquellas infracciones únicas y continuadas en la que todas las empresas participan directamente en todos los comportamientos ilícitos englobados en la definición de aquellas. Se trataría, por tanto, de los casos incluidos en el primer escenario definido en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 2015⁵⁴, a la que nos hemos referido anteriormente⁵⁵.

En la mayoría de estos asuntos, además, forman parte del cártel sancionado pocas empresas; en muchos de ellos solamente dos, ya que cuando las infracciones tienen lugar en mercados más atomizados o toman parte en las mismas un mayor número de empresas, es relativamente sencillo que la participación de todas ellas no sea idéntica y, por ejemplo, alguna empresa entre en el cártel más tarde, lo abandone antes, opere en un ámbito geográfico más limitado, etc.

En definitiva, tampoco estos supuestos plantean gran dificultad en lo referente a la delimitación de la infracción única y continuada, siempre que se acredite la participación total en la misma de las empresas imputadas.

ESCENARIO A: TODAS LAS EMPRESAS PARTICIPAN EN TODO

EXPEDIENTES	REVISIÓN JUDICIAL
S/0293/10 TRANSCONT	CONFIRMADO
S/0343/11 MANIPULADO DE PAPEL	CONFIRMADO/ANULADO (POR OTROS MOTIVOS)
S/0356/11 TECNIBERIA Y COLEGIO DE INGENIEROS DE CAMINOS	CONFIRMADO
S/0402/12 ESPUMA ELASTOMÉRICA	CONFIRMADO
S/0415/12 ABH-ISMA	PENDIENTE
S/0436/12 DTS DISTRIBUIDORA TV DIGITAL	PENDIENTE
S/0453/12 RODAMIENTOS FERROVIARIOS	CONFIRMADO
S/0490/13 ACUERDOS TELEFÓNICA YOIGO	PENDIENTE
S/0503/14 FABRICANTES DE TURRÓN	PENDIENTE
S/0506/14 CONCESIONARIOS VOLVO	PENDIENTE
S/0511/14 RENFE OPERADORA	PENDIENTE
S/555/15 PROSEGUR-LOOMIS	PENDIENTE
S/DC/0569/15 BATERIAS AUTOMOCIÓN	PENDIENTE
VS/0579/16 DERIVADOS FINANCIEROS	PENDIENTE
S/0596/16 ESTIBADORES DE VIGO	PENDIENTE
S/DC/0607/17 TABACOS	PENDIENTE

⁵⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 2015, as. ac. C-293/13 P y 294/13, Fresh Del monte Produce Inc., apdos. 158-159.

⁵⁵ V. págs. 6-7.

III.3. Escenario B

En este tercer grupo quedarían englobados aquellos casos en los que, al menos, dos empresas participan en todos los comportamientos ilícitos que configuran el cártel, mientras que el resto de las empresas participes tienen una intervención más limitada, ya sea porque entraron más tarde o salieron antes del cártel, porque su presencia solamente ha podido ser acreditada para un periodo temporal más breve o para alguna de las conductas que componen la estrategia compleja, porque operan en un ámbito territorial más limitado o porque solamente producen algún subtipo de los productos cartelizados. No obstante, se entiende que estas empresas con una participación limitada son también parte del acuerdo global y lo conocen o podían razonablemente preverlo.

Nos encontraríamos, por lo tanto, ante el segundo de los escenarios a que se refiere la sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 2015.

Como puede observarse en la tabla correspondiente, se trata del grupo más numeroso ya que en estos cárteles complejos de larga duración, en los que participan, además, un número significativo de empresas, es normal que haya diferentes niveles o intensidades de participación, sin que ello rompa en todo caso la unicidad de la conducta.

Por otra parte, es indiscutible que en estos supuestos pueden existir más divergencias o más posibilidades de interpretar de manera diversa el concepto de infracción única y continuada, ya que, como hemos visto, ello dependerá, en gran medida, de la valoración que se realice para ese caso en concreto, de conformidad con el material probatorio existente. Así ha sucedido, en algunos supuestos, en la práctica más reciente de la autoridad administrativa y los tribunales españoles.

Vamos a referirnos, a modo de ejemplo, a alguno de los casos englobados en este numeroso grupo, especialmente a aquellos que por sus particularidades mayor interés pueden presentar para el análisis. En primer lugar, merece ser mencionado el caso Asfaltos Cantabria, resuelto por el extinto Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia el 8 de marzo de 2013, en el que se acreditaron acuerdos diferenciados entre distintos actores y distinta participación en los mismos (acuerdos de reparto entre las empresas G5 y acuerdos complementarios de acompañamiento de otras empresas), pero que, en todo caso, se consideraron constitutivos de una única infracción, ya que todos estaban vinculados por la misma finalidad de distorsionar el mercado de las licitaciones de obras de asfaltado, consiguiendo mantener unos precios más elevados que los competitivos, en particular en el ámbito del sector público.

En particular, se concluyó que las denominadas prácticas de cobertura o acompañamiento, a través de las cuales se fijaban directamente los precios que debían presentar las empresas que acompañaban para asegurarse la empresa designada por el cártel la adjudicación y al precio ofertado por dicha empresa, no solamente formaban parte de esa estrategia global y única que conllevaba el reparto de mercado y la fijación de precios a través de la manipulación de las licitaciones, sino que eran necesarias para alcanzar dicho objetivo⁵⁶.

Esta tesis ha sido, por lo demás, confirmada recientemente por el Tribunal Supremo⁵⁷, al declarar, frente las alegaciones sobre las diferencias entre las prácticas de acompañamiento y los acuerdos del G5, que: *“El conjunto y repetición de las*

⁵⁶ En contra, sin embargo, A. LAMADRID DE PABLO/A. BALCELLS CARTAGENA, « La prueba de los cárteles en derecho español », AAVV., *La lucha contra los cárteles en España*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp.461 y ss.

⁵⁷ Sentencia de 30 de octubre de 2018, núm. 1571/2018, fundamento de derecho segundo.

prácticas de acompañamiento y las reuniones periódicas del G5 con el contenido antes descrito de reparto de los contratos y fijación de precios, intercambio de información y otros durante un largo período de tiempo pone de manifiesto que dichas actuaciones respondían a un mismo plan premeditado de restringir o anular la competencia en el ámbito de las licitaciones de obras reseñadas; obedecían a un idéntico objetivo de distorsionar la competencia. Se trata, pues, de una conducta continuada, una unidad jurídica formada por varios actos de coordinación que son contrarios a la competencia y se reiteran en el tiempo con la finalidad o propósito de distorsionar la competencia en el mercado de las licitaciones y todo ello permite calificar la conducta como infracción continuada.”

Con fecha 25 de marzo de 2013, fue resuelto el caso Sobres de papel, en el que se también sancionó una única infracción en la cual participaban, de una parte, empresas con un papel relevante en la adopción de los acuerdos ilícitos de sobres electorales, el llamado núcleo duro del cártel y accionistas de HISPAPPEL, y, por otra parte, otras empresas con una participación más minoritaria y normalmente de implantación regional, pero que, igualmente, se consideraba que tenían conocimiento, participaban y se beneficiaban del acuerdo global.

Por lo que se refiere a la argumentación sobre la unicidad de la conducta, la resolución, que es firme en vía judicial, señalaba: *“las relaciones de subcontratación entre el ganador de la licitación y las empresas ajenas al núcleo duro del cártel acreditadas en el expediente no son fruto de una relación libremente pactada, sino la ejecución de un acuerdo previo de reparto y fijación del precio de las licitaciones electorales, al que estas empresas son invitadas a participar con el objeto de evitar que presentaran ofertas económicas que perjudicasen a aquéllas, bajando los precios finales de adjudicación, y también para garantizarse, en algún caso, una presencia regional”.*

Esta interpretación referente a las empresas de participación más limitada en este cártel, ha sido confirmada, con carácter firme, por la Audiencia Nacional, por ejemplo en su sentencia de 26 de enero de 2017⁵⁸:

“Entiende por ello la Sala, suficientemente acreditada la participación de ARGANSOBRE en acuerdos anticompetitivos que perseguían el reparto de la licitación en detrimento de la libre competencia en los términos que aprecia la resolución sancionadora. El hecho de que la intervención de ARGANSOBRE se haya limitado a tres licitaciones no excluye su participación en una infracción única y continuada porque al no haber comunicado públicamente al resto de las empresas del cártel su intención de finalizar su participación en el mismo, la Sala, de conformidad con la jurisprudencia del TJUE, entiende acreditada su participación y responsabilidad en el acuerdo de reparto de mercado de sobres pre-impresos a través del reparto de clientes desde enero de 2006 a diciembre de 2009. [...]

En el presente caso, consta acreditado que ARGANSOBRE conocía el objeto anticompetitivo del cartel, pues en relación con las licitaciones de Grandes Clientes las empresas que formaban el núcleo duro le permitieron quedarse con parte de esas las licitaciones a cambio de no ofertar a otros clientes.[...]”

O en la de 7 de marzo de 2017⁵⁹:

“Por otra parte, y frente a lo alegado por la interesada, la prueba aportada

⁵⁸ Sentencia, firme, de la Audiencia Nacional de 26 de enero de 2017, núm. de recurso 228/2013, fundamento de derecho cuarto.

⁵⁹ Sentencia, firme, de 7 de marzo de 2017, núm. de recurso 178/2013, fundamento de derecho quinto.

excluye que se tratase de una mera subcontrata ajena al acuerdo anticompetitivo. Muy al contrario, y como considera la CNC, la subcontratación aparece como un instrumento idóneo para que todos los miembros del cártel participasen en el reparto de la fabricación de sobres de acuerdo con los porcentajes convenidos, y nada permite suponer que resultasen de un acuerdo bilateral libremente pactado por las partes. Así resulta de la reiteración de idéntico o muy parecido porcentaje a lo largo de diferentes procesos electorales, como puede comprobarse con los datos antes reflejados."

También en el asunto Postes de Hormigón, todavía sin revisión judicial, quedó reflejada la diferente intervención de las empresas en la infracción en función de su presencia en todos o en algunos de los mercados afectados por el cártel (postes, tapas, cámaras y arquetas de hormigón) y la distinta intensidad de la misma.

No obstante, la resolución de la CNMC de 20 de enero de 2015, concluyó la existencia de una infracción única y continuada al identificar 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 expediente. En segundo lugar, existe coincidencia de los segmentos del mercado afectados por las conductas, 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 creación de una UTE o el reparto de las subastas de grandes empresas en función de los resultados de la Lotería Nacional".*

Por otra parte, en el expediente Fabricantes de Automóviles, resuelto mediante resolución de 23 de julio de 2015, se acreditó, asimismo, la realización de una conducta única y continuada de intercambio de información. A pesar de que dichos intercambios de información confidencial fueron realizados en el marco de tres foros distintos (Club de Marcas, Foro de Directores de Posventa y Jornadas de Constructores), la CNMC concluyó la existencia de unidad de la infracción basándose en la contribución conjunta y el conocimiento probado del objetivo global.

En concreto, dicha unidad fue justificada de la siguiente forma: *"Un examen global del conjunto de los hechos acreditados pone de manifiesto claramente que los intercambios de información se realizaron no como conductas autónomas sino de forma conectada entre sí, en términos de objetivos, partícipes, métodos y operativa empleada, al objeto común de eliminar la incertidumbre con respecto a resultados, actuaciones y estrategia de la política comercial y de posventa de las marcas participantes en el cártel. Ha quedado también acreditado que los intercambios de información entre los directivos de marketing de posventa eran conocidos por el resto de directivos de las empresas partícipes del Club de marcas. Asimismo, constan referencias a ambas consultoras, URBAN y SNAP-ON en el contexto de reuniones del Club de marcas. Se debe concluir, por tanto, que ha quedado suficientemente acreditado el carácter único y continuado de la infracción constituida por el intercambio de información realizado a través de los tres*

esquemas de intercambio reseñados, cada uno de los cuales estaba destinado a hacer frente a una o varias consecuencias del juego normal de la competencia, y que contribuyeron, mediante una interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia buscados por las marcas partícipes, con la colaboración de las dos consultoras incoadas, en el marco de un plan global encaminado a un objetivo único."

En la resolución de Construcciones modulares, de 3 de diciembre de 2015, fueron sancionados diversos acuerdos para el reparto de las licitaciones para el suministro venta y/o alquiler de construcciones modulares que se materializaron en distintas zonas territoriales (Levante, Sur, Cataluña y zona Norte y Centro). Sin embargo, la diversidad de empresas participantes y el hecho de que no estuvieran todas ellas presentes en cada una de las zonas afectadas, no impedía, a juicio de la CNMC, mantener la existencia de una infracción única y continuada, basándose, principalmente, en el vínculo de complementariedad de las diferentes actuaciones de las empresas. En particular, en la mencionada resolución se señalaba al respecto: *"El conocimiento de cada empresa respecto de los acuerdos realizados en la zona geográfica en la que operaba era elemento constitutivo e imprescindible del acuerdo, y si bien posibilita individualizar la responsabilidad de las mismas, también permite concluir que las partícipes sabían o deberían haber sabido que con dicho comportamiento se integraban en un cártel con una dimensión geográfica y temporal en algunos casos superior a la de su concreta conducta"*. Este conocimiento, tal y como se desprende de la propia resolución, era propiciado por los propios directivos de las empresas, concedores de las conductas realizadas en las distintas zonas y los cuales impartían instrucciones a los delegados territoriales.

Asimismo, en el expediente Palés, esta vez en contra de la propuesta de la Dirección de Competencia que estableció la comisión de dos infracciones independientes, acuerdo de fijación de precios e intercambio de información sensible, el Consejo consideró la unicidad de las diferentes conductas analizadas con base en los siguientes argumentos:

"Si bien la distinta duración e intensidad de las prácticas, sus características específicas y la diversidad de métodos empleados han conducido a la Dirección de Competencia a su consideración como conductas autónomas, diversos elementos de unidad de actuación y finalidad abogan por su reconducción hacia una única infracción continuada de naturaleza compleja.

En primer lugar, existe una clara correlación entre los sujetos intervinientes en ambas conductas. Así, doce de las entidades imputadas por su participación en el cártel (todas excepto TOLE) participaron también en el intercambio de información comercial sensible. Asimismo, de las 25 entidades imputadas por su participación en el intercambio de información, 21 también participaron en el cártel de precios, si bien dicha práctica, considerada como infracción individual, habría prescrito para siete de las mismas.

En segundo lugar, si bien la ejecución de ambas conductas tuvo una duración diferente, iniciándose el intercambio de información en 1998 y el cártel en 2005, el análisis de los hechos permite considerar que ambas conductas constituyen dos fases sucesivas (pero también simultáneas desde 2005) de una única infracción de naturaleza compleja, sirviendo el intercambio de información iniciado en 1998 como fase inicial que propició el desarrollo de la infracción como cártel sobre precios a partir de 2005, y apoyándose ambas conductas desde entonces para dotar de transparencia y falta de competencia al mercado afectado.

De hecho, en un mercado con un producto estandarizado como es el de los palés de calidad EUR/EPAL, el intercambio de información sobre la producción individual propiciado por la propia asociación y, por lo tanto, la disponibilidad de esta información para todos los operadores, contribuye a aumentar la transparencia del mercado y facilita adicionalmente el desarrollo de un acuerdo en precios ya que contribuye a reducir los costes de su funcionamiento —porque permite hacer un seguimiento del comportamiento de los participantes en el mismo— y, por ello, aumenta los beneficios esperados de este acuerdo.

Así pues, ambas prácticas respondían a un objetivo común, propiciado desde la actuación determinante de la Asociación CALIPAL, que pretendía destruir la competencia en el mercado de los palés en España a través de la eliminación de la autonomía empresarial individual y la concertación de las empresas participantes a través, primero, de la transparencia de las cifras de producción y, posteriormente, del acuerdo directo sobre precios, instigando a la participación de todos los asociados en el mismo con objeto de extenderlo a todo el mercado.”

Por último, hemos de referirnos, asimismo, a los casos que han sido anulados por los tribunales. De la propia tabla se deriva que, en realidad, de las infracciones únicas y continuadas acreditadas por la autoridad de competencia en los últimos años, solamente dos expedientes han sido revocados por los tribunales con base en la incorrecta delimitación de aquella⁶⁰.

Así, en primer lugar, en el expediente S/0192/09 ASFALTOS, resuelto mediante Resolución de la extinta Comisión Nacional de la Competencia de 26 de octubre de 2011, el Consejo consideró, apartándose de la propuesta de la entonces Dirección de Investigación que defendía la existencia de tres cárteles diferenciados, que las distintas prácticas analizadas constituían un acuerdo único, que debido a las características del producto, adoptaba distintas composiciones o formaciones en función del área geográfica, existiendo, no obstante, un nexo común en todas las áreas analizadas, que eran las empresas del GRUPO CAMPEZO, presentes en todas las zonas.

Posteriormente, la Audiencia Nacional⁶¹, sin embargo, declaró al respecto: “Esta Sala considera que el hecho de que la sistemática sea la misma, y el sector empresarial el mismo, no basta para entender que se trata de un único cártel que se ha dividido en tres zonas geográficas por las características del producto. Por el contrario, como puso de manifiesto la Dirección de Investigación, puesto que lo relevante es la toma de contacto directa entre competidores para desvelar las conductas a adoptar y modificarlas en beneficio de los miembros del cártel, solo por el hecho de que una determinada empresa presuntamente participara en las reuniones independientes relativas a tres zonas geográficas distintas, la conclusión que extrae esta Sala es que si la conducta tipificada viene constituida precisamente por tales acuerdos, los cárteles son tres y no uno. No se ha

⁶⁰ En realidad, en el periodo contemplado (enero 2013-mayo 2019), solamente habría una resolución anulada por causa de la calificación de infracción única y continuada. Pero se ha considerado de interés incluir el caso S/0192/09 ASFALTOS al análisis, por su relevancia en relación a la materia examinada.

⁶¹ Sentencias de la Audiencia Nacional de 3 de mayo de 2013 (CONSTRUCCIONES PUBLICAS COPRISA, S.A.); de 29 de mayo de 2013 (AGLOMERADOS LEON, SL y FIRMES Y CAMINOS, S.A.); de 12 de marzo de 2014 (EXCAVACIONES Y TRANSPORTES ORSA, S.L.); de 30 de abril de 2014 (GRUPO CAMPEZO); 7 de mayo de 2014 (ASFALTOS VIDAL FERRERO, S.L.); de 26 de mayo de 2014 (CONSTRUCCIONES Y OBRAS LLORENTE, S.A. y CORPORACION LLORENTE MUÑOZ, S.L.); de 2 de julio de 2014 (TEBYCON, S.A.) y de 15 de julio de 2014 (COMPAÑIA GENERAL DE HORMIGONES Y ASFALTOS, S.A.)

acreditado la existencia de un plan conjunto integrador de las distintas conductas colusorias subyacentes, León, Burgos, País Vasco, ni se ha acreditado que las empresas conocieran ese supuesto plan conjunto, con independencia de lo que resulte para el concreto supuesto del grupo empresarial presente en las tres zonas geográficas.”

Ahora bien, teniendo en cuenta la existencia de evidencia probatoria suficiente sobre la infracción, en este caso, la Audiencia Nacional no anuló completamente la referida resolución, sino que ordenó la devolución de las actuaciones a la autoridad, a fin de que fijara de nuevo el importe de la sanción de la multa, teniendo en cuenta el ámbito geográfico y temporal más limitado de la práctica ilícita.

En segundo lugar, debe ser citada la ya mencionada Resolución de 8 de enero de 2015 en el expediente S/0429/12 RESIDUOS⁶². Como ya se ha tenido ocasión de poner de manifiesto, las sentencias de la Audiencia Nacional recaídas con ocasión de dicha revisión judicial coincidían en declarar la falta de justificación, por parte de la Resolución de la CNMC, de la participación de cada una de las empresas en el objetivo común o plan conjunto de actuación de la práctica, teniendo en cuenta los diferentes mercados y ámbitos geográficos de actuación de cada una de ellas y la relación inexistente entre los intervinientes en la misma. En tal sentido, por ejemplo, la sentencia de 28 de diciembre de 2018⁶³:

“Se emplean así los términos sector, ámbito o segmento de manera indistinta y, sobre todo, sin precisar la conexión entre ellos ni entre las empresas que actúan en los mismos, por lo que no se ofrece ninguna base que pudiera sostener la idea de actuación conjunta y de plan único de actuación, consustanciales a la existencia de la infracción única conforme a la jurisprudencia europea que citábamos. [...]

Con arreglo al concepto de infracción única a que aludíamos antes, el mantenimiento de esta calificación exige que todas y cada una de las empresas sancionadas participen de ese “plan conjunto” al que se refiere el TJUE en la sentencia de 24 de junio de 2015.

No obstante, en el caso concreto de la aquí recurrente, y como manifiesta en su demanda sin que exista prueba en contrario, solo actúa en el mercado de recuperación de papel y cartón y en el ámbito geográfico de Madrid, por lo que no existe base para suponer que participa de un objetivo común, de un plan conjunto de actuación en el que intervinieran otras empresas cuya relación con CARPA y HOLMEN PAPER, es, simplemente, inexistente.

No se discute aquí si su conducta en el referido mercado y ámbito geográfico pueda ser reprochable desde el punto de vista de las normas de competencia la misma recurrente menciona la resolución S/0430/12, confirmada por esta Sala recientemente—, sino si dicha conducta tiene encaje o no en la infracción única y continuada que le imputa la CNMC y que le ha llevado a sancionarla.

Los argumentos empleados en la resolución recurrida en respuesta a las alegaciones formuladas sobre esta cuestión por las entidades afectadas — fundamento de derecho décimo, apartado 10.1 “Inexistencia de acuerdo global de reparto de mercado”— no consiguen, a juicio de la Sala, solventar el

⁶² Un análisis crítico de la misma puede consultarse en E. ABRIL/G. RUBIO HERNÁNDEZ-SAMPELAYO/M. SAÉZ BASCUÑANA, «Flexibilización del concepto de infracción única y continuada, en Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia. Anuario de Derecho de la Competencia», Civitas, Madrid, 2015, pp.45 y ss.

⁶³ Núm. de recurso 135/2015, promovido por CARTÓN Y PAPEL RECICLADO S.A (CARPA) Y HOLMEN PAPER MADRID S.L. V. especialmente fundamento de derecho séptimo.

escollo de la ausencia de cualquier prueba que acredite la concurrencia, en cuanto a la empresa ahora recurrente, de los requisitos que definen la infracción única y continuada según la jurisprudencia europea, cuales son, insistimos, la existencia de un plan global que persiga un objetivo común, la contribución intencional de la empresa a ese plan, y el hecho de que hubiera tenido conocimiento (demostrado o presunto) de los comportamientos infractores de los demás participantes.”

Los demás casos reflejados en la tabla en los que se consideró acreditada la existencia de una infracción única y continuada y que han sido, finalmente, anulados, por los tribunales, lo han sido con base en argumentos de otra naturaleza tales como la caducidad del expediente (S/0469/13 FABRICANTES DE CARTÓN ONDULADO; S/0303/10 DISTRIBUIDORES DE SANEAMIENTO; S/0314/10 PUERTO DE VALENCIA), la ilicitud del material probatorio recabado (S/0430/12 RECOGIDA DE PAPEL), falta de acreditación suficiente de participación en el cártel (S/0380/11 COCHES DE ALQUILER, en relación a AVIS), improcedencia de la declaración de responsabilidad y sanción en caso de sociedades extinguidas (S/378/11 DESMOTADORAS ALGODÓN) o defecto formal (S/0404/12 SERVICIOS COMERCIALES AENA).

ESCENARIO B: AL MENOS 2 EMPRESAS PARTICIPAN EN TODO, OTRAS EMPRESAS TIENEN PARTICIPACIÓN LIMITADA

EXPEDIENTES	REVISIÓN JUDICIAL
S/0192/09 ASFALTOS ⁶⁴	ANULADO (INFRACCIÓN ÚNICA Y CONTINUADA)
S/0303/10 DISTRIBUIDORES DE SANEAMIENTO	CONFIRMADO/ANULADO (POR OTROS MOTIVOS)
S/0314/10 PUERTO DE VALENCIA	CONFIRMADO/ANULADO (POR OTROS MOTIVOS)
S/0316/10 SOBRES DE PAPEL	CONFIRMADO
S/0329/11 ASFALTOS DE CANTABRIA	CONFIRMADO
S/0342/11 ESPUMA POLIURETANO	CONFIRMADO
S/378/11 DESMOTADORAS ALGODÓN	CONFIRMADO (POR OTROS MOTIVOS)
S/0380/11 COCHES DE ALQUILER	CONFIRMADO (POR OTROS MOTIVOS)
S/0404/12 SERVICIOS COMERCIALES AENA	CONFIRMADO/ANULADO (POR OTROS MOTIVOS)
S/428/12 PALÉS	ANULADO (POR OTROS MOTIVOS)/PENDIENTE
S/0429/12 RESIDUOS	ANULADO (INFRACCIÓN ÚNICA Y CONTINUADA)
S/0430/12 RECOGIDA DE PAPEL	ANULADO (OTROS MOTIVOS)
S/0445/12 EQUIPOS CONTRA INCENDIOS	CONFIRMADO
S/0454/12 TRANSPORTE FRIGORÍFICO	PENDIENTE
S/0473/13 POSTES DE HORMIGÓN	PENDIENTE
S/0469/13 FABRICANTES DE CARTÓN ONDULADO	ANULADO (OTROS MOTIVOS)
S/0482/13 FABRICANTES AUTOMOVILES	PENDIENTE
S/0481/13 CONSTRUCCIONES MODULARES	PENDIENTE
S/0504/14 AIO	CONFIRMADO
S/505/14 CONCESIONARIOS CHEVROLET	PENDIENTE
S/519/14 INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS	PENDIENTE
S/0538/14 SERVICIOS FOTOGRÁFICOS	PENDIENTE
S/544/14 MUDANZAS INTERNACIONALES	PENDIENTE
S/0545/15 HORMIGONES DE ASTURIAS	PENDIENTE
S/0584/16 AGENCIAS DE MEDIOS	PENDIENTE

⁶⁴ Como se ha indicado anteriormente, aunque esta Resolución (26/10/2011) es anterior al período analizado en este trabajo (2013-2019), se ha incluido en el análisis por su relevancia en relación a la materia examinada.

III.4. Escenario C

Por último, tendríamos el grupo de casos en los que, por la imposibilidad de determinar la existencia de un plan conjunto u objetivo idéntico de las diferentes prácticas, han sido delimitadas y sancionadas infracciones distintas.

Así, por ejemplo, en los diferentes expedientes de concesionarios, se distinguieron distintas infracciones por áreas geográficas coincidentes con las denominadas “zonas de influencia” de los concesionarios de las respectivas marcas, ya que los concesionarios eran distintos en cada una de estas zonas geográficas y no se podía acreditar ni una ejecución conjunta ni un conocimiento generalizado. Al respecto, las sentencias recaídas hasta la fecha en los expedientes AUDI/SEAT/VW, OPEL e HYUNDAI han confirmado la delimitación realizada por la CNMC en cuanto a las diferentes infracciones únicas y continuadas, aunque algunas han anulado la resolución de la CNMC respecto a empresas concretas, por motivaciones distintas a la configuración de la infracción única y continuada, mayoritariamente, al considerar que no había elementos incriminatorios suficientes respecto a dichas empresas en cuanto a su participación en el cártel.

En el caso Cementos, respecto a las prácticas analizadas en el mercado del hormigón, se diferenciaron tres infracciones por zonas geográficas (Noreste, Centro y Sur), basándose, principalmente, en que, aunque algunas de las participantes eran grupos nacionales presentes en todas las zonas, sin embargo, las demás empresas solamente operaban en dichas zonas concretas, sin que existiera indicio alguno de que estas conocieran o pudieran prever el plan más global.

También se distinguieron claramente tres infracciones en el expediente Transporte Balear de Viajeros, considerando que las mismas se llevaron a cabo en diferentes segmentos del transporte de viajeros (escolar y discrecional), con diferente ámbito territorial (Islas Baleares o sólo Mallorca) y temporal (desde 2004 la conducta relativa al transporte escolar; de 1977 a 2011 la recomendación de precios y desde 2008 los acuerdos bilaterales en relación con el transporte discrecional). Adicionalmente, teniendo en cuenta que los métodos utilizados y las finalidades eran también divergentes, se entendió que no se podía acreditar la existencia de un plan conjunto, sin perjuicio de que algunas de las incoadas hubieran participado en más de una de las infracciones.

En el caso Cables BT/MT, igualmente, se sancionaron tres infracciones distintas teniendo en cuenta, fundamentalmente, a los diferentes autores de las infracciones en cada caso y a la diversa tipología de conductas: el cártel de fabricantes, consistente en acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado; el de distribuidores y fabricantes, consistente en el reparto de proyectos y el cártel entre dos distribuidores, consistente en el reparto de proyectos.

Asimismo, en los dos últimos expedientes resueltos por el Consejo de la CNMC han sido delimitadas y sancionadas infracciones distintas. En el expediente Electrificación y Electromecánicas Ferroviarias han sido delimitadas tres infracciones únicas y continuadas diferentes considerando que, aunque en algunas de ellas participaban las mismas empresas, se diferenciaban básicamente por los mercados afectados (sistemas de electrificación en líneas de tren convencional, sistemas de electrificación de tren de alta velocidad y equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad), los participantes en cada una de ellas y la inexistencia de un objetivo idéntico que vinculara los distintos acuerdos.

Por último, en el expediente de ANELE se han sancionado dos infracciones únicas y continuadas, en la medida que las conductas analizadas tenían ámbitos fácticos de aplicación diferenciados, distintas combinaciones de sujetos implicados y distorsionaban

la competencia en segmentos diferenciados. El primero de ellos afectaba a libros de texto no universitarios en el ámbito de la escuela pública y el segundo estaba relacionado con el libro de texto digital.

ESCENARIO C: DISTINTOS OBJETIVOS Y DISTINTAS INFRACCIONES

EXPEDIENTES	REVISIÓN JUDICIAL
S/0397/12 TRANSPORTES MADRID	CONFIRMADO
S/0464/13 PUERTO DE SANTANDER	PENDIENTE
EXPTES. CONCESIONARIOS ⁶⁵ (S/0487/13; S/0486/13; S/0488/13; S/0489/13; S/0471/13)	CONFIRMADOS/ANULADOS POR OTROS MOTIVOS
S/0525/14 CEMENTOS	PENDIENTE
S/512/14 TRANSPORTE BALEAR DE VIAJEROS	PENDIENTE
S/0562/15 CABLES BT/MT	PENDIENTE
S/0565/15 LICITACIONES APLICACIONES INFORMÁTICAS	PENDIENTE
S/0578/16 MENSAJERÍA y PAQUETERÍA EMPRESARIAL	PENDIENTE
S/DC/0598/2016 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECÁNICAS FERROVIARIAS	PENDIENTE
S/DC/0594/16 ANELE	PENDIENTE

IV. CONCLUSIONES

De todo lo anterior, puede concluirse, en primer lugar, que todo lo relacionado con la figura de la infracción única y continuada es una cuestión eminentemente casuística y fáctica, que ha ido ganando, además, en complejidad en la medida que los instrumentos tecnológicos de las autoridades de competencia para recabar pruebas son cada vez más potentes y afinados. Estos, es evidente, te dan una percepción de la realidad mucho más fiel y mucho más compleja.

A la vez que se ha ido ganando en complejidad fáctica, también se ha ido ganando en consistencia y seguridad jurídica en cuanto a la aplicación de esta figura tanto en la práctica decisoria de la autoridad administrativa de competencia como de los propios tribunales.

En esta evolución es patente, por lo demás, la integración en nuestro derecho interno de los requisitos de aplicación más rigurosos establecidos por la jurisprudencia comunitaria, a los que nos hemos referido en las páginas precedentes, lo cual nos parece, ciertamente, oportuno ya que esta figura tiene su campo primordial de aplicación en los cárteles, en los que se suele aplicar no solamente el artículo 1 de la LDC sino también el artículo 101 del TFUE. Además, también parece deseable cierta armonización con la práctica de la Comisión Europea y los demás Estados Miembros en un concepto tan crucial para la aplicación del Derecho de la competencia.

Por lo que se refiere a la práctica de la autoridad española de competencia, es notorio también que se ha pasado de una época en la que la mayoría de los casos se englobaban en una única infracción continuada, a otra en la que con más frecuencia nos encontramos con distintas infracciones y este, a la vista de las últimas resoluciones de la CNMC acaecidas en 2019, seguirá siendo el rumbo de la autoridad administrativa española.

⁶⁵ En estos expedientes se distinguieron diversas infracciones por áreas geográficas coincidentes con las denominadas "zonas de Influencia" de los concesionarios de las marcas correspondientes, si bien en algún caso y para alguna de dichas zonas, las infracciones se consideraron prescritas.

Al respecto, como ya hemos indicado, es necesario tener en cuenta que las actuaciones de las empresas son cada vez más complejas y sofisticadas y los poderes fiscalizadores de la autoridad más afinados. Pero es que, además, esta también parece ser la dirección marcada por nuestros tribunales, especialmente la Audiencia Nacional, tanto en lo que se refiere a las cuestiones sustantivas como a las cuestiones procedimentales relacionadas con la calificación de infracción única y continuada, dada la incidencia que la misma pueda tener también en una eventual reclamación de daños⁶⁶.

En todo caso, los datos que arroja la revisión realizada así como las argumentaciones sustantivas utilizadas y que han sido reflejadas en las páginas precedentes, permiten concluir el esfuerzo de la CNMC en los últimos años, no exento por supuesto de alguna divergencia o error como en el caso Residuos, por descifrar realidades cada vez más complejas y una praxis nacional, en cuanto a la figura de la infracción única y continuada, cada vez más consistente y coherente con los principios establecidos en la jurisprudencia comunitaria.

⁶⁶ Al respecto, véase el voto particular formulado por el magistrado Ilmo. Sr. D. Santiago Soldevila Fragoso, en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de julio de 2017, núm. de recurso 467/2014.

