



Roj: **SAN 4178/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:4178**

Id Cendoj: **28079230062020100387**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **18/12/2020**

Nº de Recurso: **508/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000508 /2016

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 05863/2016

**Demandante:** PREBETONG HORMIGONES S.A. (PREBETONG)

**Procurador:** D<sup>a</sup> MARIA TERESA GAMAZO TRUEBA

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilmo. Sr.:** D. RAMÓN CASTILLO BADAL

### **SENTENCIA N<sup>o</sup>:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a dieciocho de diciembre de dos mil veinte.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 508/16 promovido por la Procuradora D<sup>a</sup> María Teresa Gamazo Trueba, en nombre y representación de **PREBETONG HORMIGONES S.A. (PREBETONG)** contra la resolución de 5 de septiembre de 2016, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 685.179 euros €. por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

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

### **ANTECEDENTES DE HECHO**



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

*"por la que se anule dicha Resolución en su totalidad o, en su defecto, se declare la nulidad total o parcial de la sanción impuesta a PREBETONG."*

**SEGUNDO.-** El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmase el acto recurrido en todos sus extremos.

**TERCERO.-** En virtud de diligencia de ordenación de 7 de julio de 2015, se tuvo por contestada la demanda por el Abogado del Estado, se fijó la cuantía del recurso en 685.179 euros y se concedió plazo a las partes para que presentaran sus respectivos escritos de conclusiones.

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

Seguidamente, mediante providencia de 6 de noviembre de 2020, se acordó señalar para votación y fallo del recurso el día 11 de noviembre de 2020, en que tuvo lugar

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En el presente recurso contencioso administrativo impugna la entidad actora la resolución de 5 de septiembre de 2016, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 685.179 euros €. por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente "S/DC/0525/14, CEMENTOS , " era del siguiente tenor literal:

*PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 110/1963 , del artículo 1 de la Ley 16/1989 y del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Sexto de esta Resolución.*

*SEGUNDO.- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Cuarto, declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes empresas:*

*19. PREBETONG HORMIGONES, S.A. por participar en un intercambio de información comercial sensible y reparto del mercado del hormigón en la zona Sur*

*(...).*

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

*19. PREBETONG HORMIGONES, S.A.: 685.179 euros*

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

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

1. Tras acceder a determinada información relacionada con posibles prácticas anticompetitivas en los mercados del cemento, hormigón y productos relacionados la Dirección de Competencia de la CNMC, inició una información reservada bajo la referencia DP/0031/14 para verificar la existencia y el alcance de las posibles conductas.

2. En el marco de dicha información reservada y en cumplimiento de las Órdenes de Investigación dictadas el 8 de septiembre de 2013, la Dirección de Competencia realizó inspecciones domiciliarias simultáneas los días 16 a 18 de septiembre de 2013 en los locales y oficinas de la Asociación Nacional Española de Fabricantes Hormigón Preparado (ANEFHOP) y de las sociedades CEMENTOS PORTLAND VALDERRIVAS, S.A., CEMENTOS MOLINS INDUSTRIAL, S.A., BETÓN CATALÁN, S.A. y CEMEX ESPAÑA OPERACIONES, S.L.U.

3. Tras el examen de la información obtenida en las inspecciones domiciliarias realizadas y al observar la existencia de indicios racionales de la existencia conductas prohibidas por la LDC, la Dirección de Competencia, con fecha 22 de diciembre de 2014, acordó la incoación del expediente sancionador S/



DC/0525/14 CEMENTOS contra diez empresas 1) Betón Catalán S.A., 2) Cementos Molins Industrial S.A. (CMI), 3) Promotora Mediterránea 2 S.A. (PROMSA), 4) Hanson Hispania, S.A. (HANSON), 5) Cemex España Operaciones, S.L.U., 6) Tenesiver S.L., 7) Comercial Arroyo Construcción S.A., 8) Hormigones Giral S.A., 9) Cementos Portland Valderrivas, S.A., y 10) Cementos Leona, S.A, por conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC en los mercados del cemento, hormigón y productos relacionados, consistentes en posibles acuerdos o prácticas concertadas de fijación de precios u otras condiciones comerciales, intercambios de información, así como reparto de mercado.

4. Con fecha 16 y 17 de febrero de 2015, la DC acordó la incorporación al expediente de parte de la documentación recabada en las inspecciones realizadas en las sedes de ANEFHOP, BETÓN CATALÁN, S.A., CEMENTOS PORTLAND VALDERRIBAS, S.A. y CEMENTOS MOLINS INDUSTRIAL, S.A.

5. Tras la práctica de diversos requerimientos de información y a la vista de la información obrante en el expediente, el 7 de abril de 2015, la DC acordó la ampliación de la incoación del expediente sancionador por conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC contra cuatro empresas adicionales: 1) MATERIALES Y HORMIGONES, S.L., 2) LAFARGE CEMENTOS, S.A., 3) HOLCIM ESPAÑA, S.A. y 4) HORMIBUSA, S.L..

6. Con fechas 27 y 28 de mayo de 2015, la DC realizó nuevas inspecciones domiciliarias, en cumplimiento de las Órdenes de Investigación dictadas el 18 de mayo de 2015, en los locales y oficinas de las sociedades ALMACENES Y HORMIGONES CREAONS, S.L., CEMENTOS PORTLAND VALDERRIVAS, S.A., HORMIGONES DE SEVILLA, S.A., y BETONALIA, S.L..

7. Con fecha 25 de septiembre de 2015, la DC acordó una nueva ampliación del expediente sancionador por conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC contra otras catorce nuevas empresas, 1) CEMINTER HISPANIA, S.A., 2) ARIDOS Y HORMIGONES HISPALENSE, S.L., 3) BETONALIA, S.L., 4) ANDALUZA DE MORTEROS, S.A. (ANDEMOSA), 5) HORMIGONES DE SEVILLA, S.L. (HORSEV), 6) ALMACENES Y HORMIGONES CREAONS, S.L., 7) HORMIGONES PREMACONS, S.L., 8) PREFABRICADOS LEFLET, S.L., 9) PREFABRICADOS LIGEROS DE HORMIGON, S.L. (PRELHOR), 10) HORMIGONES UTRERA, S.L., 11) HORMIGONES POLICHI, S.L., 12) SURGYPS, S.A., 13) CEMENTOS PORTLAND VALDERRIVAS, S.A. y 14) PREBETONG HORMIGONES, S.A.

8. Con fecha 18 de noviembre de 2015, la DC formuló el Pliego de concreción de hechos, concediendo 15 días para la presentación de alegaciones.

9. Con fecha 22 de febrero de 2016, se notificó a los incoados en el expediente el cierre de la fase de instrucción y el 8 de marzo se dictó Propuesta de Resolución que fue notificada a los interesados para que presentasen sus alegaciones.

10. El 4 de abril de 2016, la DC elevó al Consejo de la CNMC su Informe y Propuesta de Resolución y se remitió el expediente al mismo para su resolución.

11. Con fecha 20 de junio de 2016, la Sala de Competencia de la CNMC acordó requerimiento de información del volumen de negocios total en 2015 de las empresas incoadas, o la mejor estimación disponible, así como del volumen de negocio afectado en la conducta de cada una de ellas.

12. Finalmente, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 5 de septiembre de 2016.

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

PREBETONG es una empresa hormigonera con sede social en Vigo. Es filial de CORPORACIÓN NOROESTE, S.A., cabecera del Grupo CIMPOR, mayor grupo cementero de Portugal, hasta que fue adquirida en 2012 por el Grupo VOTORANTIM, uno de los mayores grupos privados de Brasil. HORMIGONES HERCULES, S.L., empresa hormigonera del Grupo CIMPOR, fue absorbida por OCCIDENTAL DE HORMIGONES, S.L., con fecha 23 de diciembre de 2009. OCCIDENTAL DE HORMIGONES, S.L., a su vez, fue absorbida por PREBETONG GALICIA, S.A., con fecha 22 de septiembre de 2011. PREBETONG GALICIA, S.A. pasó a denominarse CIMPOR HORMIGÓN ESPAÑA, S.A. en 2012 que, a su vez, pasó a denominarse PREBETONG HORMIGONES, S.A. en 2013. PREBETONG cuenta con 60 empleados y, según los datos aportados al expediente, su volumen de negocios en los últimos años es el siguiente: 2013 2014 2015 42.800.000 € 39.832.400 € 42.823.694 €.

**TERCERO.**- Antes de delimitar el mercado afectado, la resolución recurrida hace referencia al marco regulatorio y, seguidamente, en cuanto al **mercado de producto**, la resolución recurrida destaca que los mercados afectados y donde se producen las prácticas investigadas son los mercados del cemento, hormigón y sus productos relacionados.

En concreto, los códigos NACE correspondientes a los mercados afectados por las conductas son el C.23.51 Fabricación de cemento y el C.23.63 Fabricación de hormigón fresco.

Explica que el cemento es un aglomerante de base mineral, de difícil sustitución, que se utiliza como producto intermedio, entre otros, para la producción de hormigón y sus derivados. En hornos de gran potencia, en los que se calcinan los minerales básicos (tales como caliza y arcilla) se obtiene el clínker. Éste se muele posteriormente para obtener el cemento.

Se diferencian dos mercados según el tipo de cemento: el gris, utilizado en la construcción, y el blanco, utilizado principalmente para fines decorativos, y de precio más elevado que el anterior.

Las conductas investigadas en el presente expediente se centrarían básicamente en el mercado de cemento gris que puede comercializarse a granel, o en sacos.

En cuanto al hormigón es un material de construcción, derivado del cemento. Se obtiene por la mezcla de dicho producto con áridos, agua, aditivos y adiciones.

Se distingue entre hormigón de obra y hormigón industrial. Dentro de este último, se ha distinguido entre hormigón preparado y hormigón seco. El hormigón de obra requiere de mucha mano de obra y no presenta una calidad homogénea. Este tipo de hormigón se elabora directamente en obra a partir de sus componentes y su uso es muy limitado, de ahí que este tipo de mezclas sólo se utilice cuando la rapidez y calidad no son factores determinantes o cuando los volúmenes requeridos son relativamente pequeños.

Explica la resolución, que el hormigón de mayor venta es el hormigón industrial, en concreto, el "preparado", producto de elaboración industrial que se mezcla en las instalaciones de producción y después se traslada en hormigoneras hasta donde vaya a emplearse. Este tipo de hormigón se comercializa semihúmedo y se compone de cemento y áridos, además del agua, los aditivos y las adiciones, que se mezclan en la central de producción de hormigón de manera muy precisa. Es un producto muy perecedero, ya que el fraguado se produce en un corto espacio de tiempo (menos de 2 horas), en ausencia de determinados tipos de aditivos, por lo que la ubicación geográfica de la central donde se prepara este tipo de hormigón en relación con las obras a las que suministran tiene gran importancia.

Por otra parte, las empresas suministradoras de hormigón son muy dependientes de los proveedores de materias primas, por lo que existe en estos mercados una intensa integración vertical. Así, muchos de los proveedores de hormigón poseen canteras de extracción de áridos o empresas que suministran este producto y/o pertenecen a empresas que suministran cemento.

Además, entre los productos relacionados con los dos mercados caracterizados anteriormente, se encuentran los morteros, un material de construcción obtenido de la mezcla de un aglomerante (cemento y/o cal), árido y agua.

Por último, los áridos son materiales granulares que sirven como base en muchas aplicaciones de la construcción.

En cuanto al mercado geográfico, la resolución recurrida destaca que la rentabilidad y la durabilidad de estos productos (cemento y hormigón) influyen en el alcance geográfico de estos mercados, que se configuran teniendo en cuenta la situación de las plantas productoras y el lugar donde ha de ser servido el producto aunque en el caso de grandes obras es posible establecer plantas móviles de producción que se montan cercanas al lugar donde se va a realizar la obra, resultando viables económicamente debido a la magnitud de la obra. De la distancia máxima de suministro para asegurar la viabilidad económica resulta que el mercado geográfico se delimita alrededor de la planta de producción, por el elevado impacto del transporte sobre el coste del producto.

Por todo ello, la resolución recurrida considera que el mercado geográfico afectado es el mercado nacional al estar implicadas empresas que se dedican a estas actividades con presencia en ámbitos supraautonómicos, existiendo una gran interdependencia entre los mercados de producto con alcances geográficos distintos, y replicándose las distintas prácticas anticompetitivas en varias zonas.

**CUARTO.-** Delimitado de este modo el mercado afectado, y descrito su modo de funcionamiento, la CNMC relata los hechos que entiende acreditados y en el caso de PREBETONG, le imputa :

participar en un intercambio de información comercial sensible y reparto del mercado del hormigón en la zona Sur y califica tales hechos como constitutivos de una conducta prohibida en el artículo 1 de la Ley 15/2007 y art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea consistente en una infracción única y continuada consistente en intercambio de información comercial sensible y reparto de mercado en la zona sur en 2010 y entre 2012 a 2014.

**QUINTO.-** En su demanda, la parte recurrente plantea los siguientes motivos impugnatorios.



En primer lugar, la vulneración de su derecho de defensa porque no se le dio acceso a la documentación del expediente hasta el 25 de noviembre de 2015, cinco días después de la notificación del Pliego de Concreción de Hechos disponiendo de un plazo más corto que el concedido a otras empresas para preparar su defensa.

La incorrecta definición de las infracciones imputadas porque primero se la imputó la participación en una infracción única y continuada consistente en un intercambio de información y un reparto de mercado en el mercado nacional del cemento y el hormigón, si bien en la resolución recurrida PREBETONG es responsable de un intercambio de información y un reparto de mercado en la "zona Sur", sin que todavía se haya definido qué ámbito incluye exactamente la "zona Sur".

Destaca que los correos utilizados contra PREBETONG carecen del valor probatorio exigible para considerar acreditados los hechos imputados más allá de aparecer mencionada en documentos elaborados por terceros cuya existencia y contenido son desconocidos por PREBETONG. A ello une la ausencia en el expediente de documento alguno que refleje la existencia de un solo contacto entre PREBETONG y otros fabricantes lo que excluye su participación en un intercambio de información.

Seguidamente analiza los correos electrónico entre BETONALIA y HORMIGONES DE SEVILLA de 20 de septiembre de 2010 (Folios 4636 y 4637.) y 7 de mayo y de 12 de agosto de 2013 (folios Folios 4675 y 4747 ) para excluir cualquier implicación en prácticas colusorias por la mención de esos terceros.

Se refiere a continuación a una serie de documentos Excel para poner de manifiesto que la resolución sancionadora carece de elemento probatorio alguno que permita inferir a qué responde la inclusión de PREBETONG en dichos archivos, determinar el origen de la información que se incorpora en el fichero, ni asociar dicha mención con la participación (activa o pasiva) de PREBETONG en un acuerdo anticompetitivo que la CNMC da por supuesto.

Destaca que tan solo aproximadamente el 50% de las obras presuntamente realizadas de acuerdo con los datos que obran en los folios que se emplean para imputar a PREBETONG fueron realmente realizadas por ésta lo que revela la falta de verosimilitud de los elementos de prueba en los que se ampara la resolución recurrida.

Las conductas objeto del expediente no pueden ser calificadas como una infracción única y continuada

La Resolución no explica cuales serían los elementos que probarían la existencia de un plan preconcebido para la "Zona Sur" así como la participación de PREBETONG en dicho plan y es que carece de una individualización de los hechos imputados a PREBETONG

La CNMC no ha explicado en ningún momento el *modus operandi* de la supuesta infracción de competencia (i.e., quién, cómo, de qué forma, con qué periodicidad, etc., se producían los intercambios de información, los repartos de mercado y los acuerdos de precio que la Resolución considera acreditados).

La CNMC no ha determinado el funcionamiento del supuesto intercambio de información y reparto de mercado ni la participación de PREBETONG. Ha imputado a PREBETONG una infracción única y continuada constitutiva de un intercambio de información y reparto de mercado sin especificar: (i) si a PREBETONG se le han asignado obras o si es PREBETONG quien las ha asignado a otros competidores, es decir, en qué medida y de qué manera ha participado PREBETONG en un reparto de mercado y (ii) sin aclarar qué tipo de información podría haber intercambiado y con quién, máxime cuando, según se ha visto, no hay elemento documental alguno en el expediente relativo a comunicaciones con origen o destino en PREBETONG.

**SEXO.-** Gran parte de los motivos impugnatorios expuestos se reconducen a la falta de acreditación de la participación de PREBETONG en las conductas imputadas. Recordemos que se la sanciona por:

1. Intercambio de información comercial sensible y reparto del mercado del hormigón en la zona sur en 2010 y desde 2012 a 2014:

- a) Por las actuaciones de OCCIDENTAL DE HORMIGONES, S.L. en 2010 (folio 4636).
- b) Por las actuaciones de CIMPOR HORMIGON ESPAÑA, S.A. en 2012 y 2013 (folio 3787, ver párrafo 269 del PCH).
- c) Por las actuaciones de PREBETONG HORMIGONES, S.A. en 2013 y 2014 (folios 4675 y 4676, 4747 y 4748, 3740 y 4647, 4646, 4701 y 4702,4818, 4832 y 4872).

Recordemos que el derecho a la presunción de inocencia constituye un principio general del Derecho de la Unión, establecido también en el artículo 48, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LCEur 2000, 3480) (véase, en este sentido, la sentencia E.ON Energie/Comisión [ TJCE 2012, 352] , C-89/11 P, EU:C:2012:738, apartado 72) que los Estados miembros deben respetar cuando aplican el Derecho



de competencia de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias VEBIC [TJCE 2010, 370] , C-439/08, EU:C:2010:739, apartado 63, y N., C-604/12, EU:C:2014:302, apartado 41).

Además, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la existencia de una práctica concertada o de un acuerdo debe inferirse, en la mayoría de los casos, de diversas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (véase, en este sentido, la sentencia Total Marketing Services/Comisión, C-634/13 C-634/13 P, EU:C:2015:614, apartado 26 y jurisprudencia citada).

El TJUE ha exigido que la incriminación se ponga de manifiesto con pruebas precisas y concordantes para asentar la firme convicción de que la infracción tuvo lugar (sentencias del TJUE 31 de marzo de 1993, Altros/Osakeyhtiö y otros, C-89- 5, C-114/85, C- 116/85, C- 117/85, Y C- 125/85 a C-129/85, REC. P1-1307, apartado 127, del Tribunal General de 6 de julio de 2000, Volkswagen Comisión T 62/98, Rec. p 1-2707, apartados 43 y 72. Y también ha declarado la prueba de una infracción del Derecho de la competencia de la Unión pueda aportarse no sólo mediante pruebas directas, sino también mediante indicios, siempre que éstos sean objetivos y concordantes.

En relación a PREBETONG, debemos destacar como punto de partida que la resolución recurrida no describe los hechos que se le imputan y que, de entenderse acreditados, permitirían subsumir su conducta en una infracción única y continuada consistente en un intercambio de información sensible y reparto de mercado; de hecho, a la solicitud de la actora de que se identificaran tales hechos la resolución sancionadora no dio respuesta limitándose a citar una serie de correos que supuestamente la incriminan en la práctica colusoria sancionada.

Lógicamente, las características de esa infracción requiere de un comportamiento activo de la empresa que no se describe.

En el presente caso, la prueba de su participación se limita a su mención en una serie de correos internos en los que Prebetong no figura como remitente ni como destinatario teniendo en cuenta que los correos que se mencionan para imputar a Prebetong en la práctica anticompetitiva son testimonios de referencia habiendo señalado el Tribunal Constitucional que la prueba testifical de referencia se puede constituir como medio de prueba, pero no puede sustituir o desplazar la prueba testifical directa, salvo en casos de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo . Posteriormente, una vez aceptada como medio de prueba, deberá ser valorada por el órgano juzgador, como cualquier otra prueba. Sentencia TC 161/2016, de 3 de octubre y las que en ella se citan.

Por otro lado, el Tribunal Supremo define la prueba testifical de referencia como *"una fuente mediata de posible conocimiento, que declara, no sobre el hecho procesalmente relevante, sino sobre la versión del mismo que alguien podría haberle suministrado, de manera que, primero, solo cabría acudir a la testifical de referencia cuando no sea posible escuchar al testigo directo, segundo, se trata de una prueba que carece por sí sola de aptitud para destruir la presunción de inocencia"*, doctrina recogida en la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2012, rec. 10218/2012.

Esta doctrina, propia del proceso penal es plenamente trasladable a un procedimiento administrativo sancionador como el que nos ocupa.

Con independencia de que no consta la declaración de los testigos directos, los remitentes y destinatarios de los correos, de especial valor para explicar el origen, contenido y alcance de la información que reflejan los correos para poder afirmar que describen acuerdos de reparto de precios e intercambios de información sensible, los citados correos podrían tener valor incriminatorio si su contenido apareciera corroborado por datos objetivos coincidentes con lo que en aquellos se declara.

a) La resolución recurrida, cuando describe los contactos e intercambios de información entre las empresas hormigoneras participantes en los acuerdos supuestamente anticompetitivos entre los años 2005 a 2015 no cita a Occidental de Hormigones, Cimpor Hormigón España ni a Prebetong. Solo se alude a esta, en los folios 4675 y 4676 en un correo que remite Betonalia a Hormigones Sevilla en el que se lee:

*" Carlos Jesús te adjunto la situación a fecha de hoy de las obras de Sevilla. En cuanto a la obra de Ferrovia por 12.500 m3 se la adjudicado a Prebetong España S.A."*

En el folio 4676, figura como aportador BETONALIA y adjudicatario PREBETONG de una obra en urbanización Palmas Altas de Sevilla.

Asimismo, aparecen otras cuatro obras adjudicadas a PREBETONG pero que no guardan relación con el correo anterior. En esas obras, PREBETONG aparece como aportador y no como adjudicatario y en otras PREBETONG



es aportador y al mismo tiempo adjudicatario. Tampoco se explica el papel que juegan las empresas que figuran en la columna de la izquierda del cuadro.

a) intercambio de información sensible y reparto del mercado del hormigón en la zona sur por la actuación de Occidental Hormigones.

La imputación resulta únicamente del folio 4636, que contiene un correo de 20 de septiembre de 2010, en el que Hormigones Sevilla SL. remite a Luis Enrique de Betonalia y horas después, éste remite a Jesus Miguel, otro empleado de Betonalia y le dice:

*"Ahí lo llevas, de entrada si se acepta, creo que no está nada mal, no?"*

Se refiere a un CUADRO HORMIGONEROS, que se ignora si lo ha remitido antes Hormigones Sevilla.

El folio 4637 (cuadro hormigoneros) es una tabla con dos columnas: una de ellas contiene nombres de empresas y la otra contiene datos numéricos que no se refieran a ningún valor o magnitud. Es decir, no precisa que se trate de metros cúbicos.

A juicio de la Sala, el correo y cuadro adjunto carece de valor incriminatorio alguno porque el listado de empresas y el número que figura a su lado aunque arroje un total de 100, no supone, en contra de lo que afirma la CNMC, una evidencia de un reparto de mercado precedida de un acuerdo, porque no permite deducir que el número asociado a cada empresa se corresponda con la cuota que le ha de corresponder en el reparto pues no hay datos objetivos que lo corroboren. No coincide la cuota de mercado de PREBETONG en 2010, extraída a partir de los informes ANEFHOP, que es 12,4%, con la cantidad que se asocia a PREBETONG ("OH" en el folio 4637) que es de 23.

El texto del correo transcrito que obra al folio 4636 entre dos empleados de BETONALIA no es expresivo de la participación de PREBETONG en un intercambio de información y en un reparto de mercado porque no se la menciona y tampoco participa en la cadena de correos electrónicos.

De ser cierta la participación que se atribuye a Prebetong en el reparto de mercado esta tendría un papel relevante en los supuestos "repartos" que la resolución no describe.

b) Por las actuaciones de CIMPOR HORMIGON ESPAÑA, S.A. en 2012 y 2013 (folio 3787, ver párrafo 269 del PCH).

El folio 3787 recoge una serie de empresas y cantidades sin especificar qué son. Según la CNMC, son porcentajes porque suman 100, a Cimpor, se le asigna 20 pero no se dice de qué y en el folio 3686, pone octubre 2012 (no se imputa nada en ese periodo)

*En el Pliego de Concreción de Hechos (268) se explica que en la zona sur se encuentran evidencias de que, al menos desde 2010, los repartos se basaron en la asignación a cada empresa de porcentajes calculados sobre el volumen de hormigón producido. Se calculaba el volumen total de hormigón previsto para un conjunto de obras y se calculaba la cantidad que habría de corresponder a cada empresa en aplicación de los porcentajes previamente acordados. Resulta indiscutible que las cantidades que se iban asignando a cada empresa eran porcentajes puesto que en todas las tablas la suma total era igual a 100.*

*En las anotaciones manuscritas del folio 3787 se puede ver como al final de una tabla en la que la suma total es igual a 95 aparece "sobran 5" y, a continuación, esos 5 se reparten entre varias empresas consignando otras cantidades junto a las primeras de forma que lleguen a sumar 100."*

Sin embargo, en relación con las notas manuscritas, solamente hay un documento que se relaciona con PREBETONG. Se trata de un documento interno incautado en la inspección de HORSEV que consta de 19 páginas y en el que PREBETONG solo aparece mencionado una vez en una lista de nombres con indicaciones numéricas.

b) Por las actuaciones de PREBETONG

Correo de 12 de agosto de 2013, de Betonalia a Hormigones Sevilla (folio 4747)

" Carlos Jesús , los números han cambiado ya que se le apunta a Prebetong 700 de acciona ahí los llevas y tus obras"

Folio 4748

Figura un cuadro con un porcentaje de Hércules de 20,5. No se aprecia relación con el correo anterior.

Folio 3740



Correo de 17 de diciembre de 2013 que remite Comercial Creacons a Grupo Alzad que contiene un fichero en el que se cita a PREBETONG sin vincularle con una obra concreta.

La resolución recurrida sostiene que " *los repartos de obras, zonas, producciones y clientes que se encuentran en las evidencias del expediente se plasman en tablas y hojas de cálculo que sirven de herramienta para la gestión de los acuerdos, bien para recoger las conclusiones de los acuerdos, bien para trabajar sobre ellas y hacer propuestas a los demás competidores o bien para hacer un seguimiento periódico de cómo se llevan a la práctica los acuerdos y controlar la actividad de los competidores y su cumplimiento del reparto*".

El doc. que obra al folio 4646 del expediente contiene un cuadro en el que se relacionan varias empresas y se describe la situación total de cada empresa. Se asigna un porcentaje de metros cúbicos de hormigón a cada empresa (la suma da 100). A Prebetong le corresponden 20,5 Aparecen varios repartos, así por ejemplo, a Prebetong 500 en el crematorio de Sanlúcar, en el reparto 7 570 en la Iglesia C/A Machado de Dos hermanas en el reparto 8, Colegio Padres Blancos de Sevilla 12.500 etc

En el folio 68, la resolución recurrida explica que " *en la zona sur se encuentran evidencias de que, al menos desde 2010, los repartos se basaron en la asignación a cada empresa de porcentajes calculados sobre el volumen de hormigón producido. Se calculaba el volumen total de hormigón previsto para un conjunto de obras y se calculaba la cantidad que habría de corresponder a cada empresa en aplicación de los porcentajes previamente acordados. Las cantidades que se iban asignando a cada empresa eran porcentajes, puesto que en todas las tablas la suma total era igual a 100. De hecho, en las anotaciones manuscritas del folio 3787, se puede ver cómo al final de una tabla en la que la suma total es igual a 95, aparece "Sobran 5" y, a continuación, esos 5 se reparten entre varias empresas, consignando otras cantidades junto a las primeras, de forma que lleguen a sumar 100.*"

El folio 4646 parece, a priori, corroborar ese planteamiento pero no se ve confirmado pues no se acredita el mecanismo de reparto, caso de que, efectivamente existiera.

Otros correos que sirven, según la resolución recurrida, para justificar la imputación a PREBETONG son los siguientes:

Folio 4701. Es un correo de Betonalia a Hormigones Sevilla el 4 de junio de 2013 que dice:

" *Ahí lo llevas. Hoy a las 12:00 en Andemosa.*" Adjunta un cuadro Hormigones Sevilla Mercado a mayo 2013

En ese cuadro en el que se relacionan empresas con una serie de obras no figura PREBETONG ni Occidental de Hormigones.

Folio 4818

Correo de 28 de enero de 2014, entre dos empleados de Hormigones Sevilla bajo el título

Entrada de ofertas a/a Carlos Jesús . Contiene un cuadro de ofertas

Folio 4832. Cuadro con una referencia a PREBETONG y unos números que se ignora a lo que obedecen.

Folio 4872. Se trata de un cuadro en el que Hercules es la entidad que más metros cúbicos tiene y seguidamente figuran metros teóricos, metros reales, desfase, situación anterior y desfase total. Vienen dos repartos y una referencia a Sevilla con cantidades referidas a PREBETONG, por ejemplo 2500, Colegio Los Cercadillos, Alcalá de Guadaíra 21/05/2013. Pero ignora la Sala si eso significa que le asignaron 2500 en un reparto organizado y por quien.

Obsérvese que en el reparto 42 que figura en ese cuadro figuran (parece ser repartos realizados por PREBETONG) y se adjudican a PREBETONG dos obras, canalizaciones Villanueva Ariscal y Canalizaciones Umbrete.

La prueba que resulta del expediente sancionador se limita como vemos a una serie de correos en los que PREBETONG no figura como remitente ni como destinatario y una serie de cuadros de cantidades que resulta insuficiente para tener por acreditada su participación en la infracción que se la imputa.

Suponiendo que aceptásemos que los cuadros reflejan efectivamente porcentajes de reparto de metros cúbicos de hormigón como expresión de un reparto de mercado, observamos que PREBETONG es una de las empresas que recibe un porcentaje más alto y siendo ello así, no se la describe en un relato de hechos por la resolución recurrida.

Por la misma razón, si el mecanismo esencial de adopción de acuerdos era el wasap tampoco se entiende por qué no se incorpora a PREBETONG en el grupo de Wasap creado el 15 de enero de 2014. Dicho grupo fue creado por un empleado de BETONALIA, incluyendo a un buen número de empresas competidoras (HORMIGONES Y

MORTEROS LA RED, S.L., HORMIGONES POLICHI, PREMACONS, BETON CATALAN, PRELHOR, HISPALENSE y HORSEV).

En realidad, la resolución recurrida no explica como se realizaban los repartos porque si PREBETONG no formaba parte del grupo de wasap y tampoco figura como remitente o destinatario de los correos intervenidos ni se ha acreditado la existencia de reuniones en las que participase difícilmente puede sostenerse que formara parte de un intercambio de información sensible.

La resolución recurrida no describe la existencia de un plan preconcebido conducente a una infracción única y continuada, cómo se gestionaba el presunto intercambio de información y/o reparto, quiénes participaban y qué papel desempeñaban, qué se acordaba y cómo se procedía, cómo se monitorizaba o qué medidas de represalia o de compensación, en su caso, se aplicaban en aquellos casos en los que el acuerdo no se respetaba.

Tampoco se explica en la resolución sancionadora de qué forma participó PREBETONG en el presunto intercambio de información y el reparto de mercado asociado al mismo, no se detalla la información que habría aportado o recibido PREBETONG, en qué acuerdos habría participado, cómo los habría ejecutado o qué beneficio habría obtenido, entre otros extremos

En realidad, la CNMC ha imputado a PREBETONG una infracción única y continuada constitutiva de un intercambio de información y reparto de mercado sin especificar si a PREBETONG se le han asignado obras o si es PREBETONG quien las ha asignado a otros competidores, es decir, en qué medida y de qué manera ha participado PREBETONG en un reparto de mercado y sin aclarar qué tipo de información podría haber intercambiado y con quién. Los testimonios de referencia en que se traducen los correos y los cuadros antes citados no constituyen prueba suficiente pues no permiten tener por acreditada la operativa de los supuestos repartos de obras.

Ha de tenerse en cuenta, además, que como recuerda la sentencia del Tribunal General de 6 de febrero de 2014, en el asunto T-27/10, AC-Treuhand AG:

*" el concepto de infracción única se refiere a una situación en la que varias empresas participan en una infracción constituida por un comportamiento continuado que tiene una única finalidad económica, dirigida a falsear la competencia, o también por infracciones individuales relacionadas entre ellas por una identidad de objeto (la misma finalidad de todos los elementos) y de sujetos (la identidad de las empresas de que se trata, conscientes de participar en el objetivo común) ( sentencias del Tribunal de 8 de julio de 2008, BPB/Comisión, T-53/03 , Rec. p. II-1333, apartado 257, y Amann & Söhne y Cousin Filterie/Comisión, antes citada, apartado 89)."*

Ahora bien, a PREBETONG se la sanciona por participar en una infracción única y continuada respecto de la que no se ha acreditado por las razones expuestas que aquella conociera el objetivo ilícito anticompetitivo y que contribuyera a su realización.

**SÉPTIMO.-** Procede, en consecuencia, la estimación del recurso y la anulación de la resolución recurrida, en cuanto a la participación de PREBETONG en un intercambio de información comercial sensible y reparto del mercado del hormigón en la zona sur en 2013 .

**OCTAVO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la Administración demandada, dada la estimación del recurso.

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

## FALLAMOS

ESTIMAR el recurso interpuesto por D<sup>a</sup> María Teresa Gamazo Trueba, en nombre y representación de **PREBETONG HORMIGONES S.A. (PREBETONG)** contra la resolución de 5 de septiembre de 2016, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 685.179 euros €. por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, resolución que anulamos en cuanto a la sanción impuesta a la entidad recurrente.

Con imposición de costas a la Administración demandada.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.



Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.**- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su notificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ