



Roj: **SAN 4163/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:4163**

Id Cendoj: **28079230062020100378**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **18/12/2020**

Nº de Recurso: **475/2016**

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: 0000475 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05674/2016

Demandante: COMERCIAL ARROYO CONSTRUCCION S.A.

Procurador: D. EDUARDO AGUILERA MARTINEZ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. 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. 475/16 promovido por el Procurador D. Eduardo Aguilera Martínez, en nombre y representación de **COMERCIAL ARROYO CONSTRUCCION S.A.** 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 64.335 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 estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esta representación anulando la resolución recurrida; e imponga en todo caso el pago de las costas a la Administración en virtud de lo dispuesto en el artículo 139 LJCA ."

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 auto de 4 de mayo de 2017, se tuvo por contestada la demanda por el Abogado del Estado, se fijó la cuantía del recurso en 64.335 euros y sin necesidad de abrir el periodo probatorio se tuvieron por reproducidos los documentos obrantes en el expediente administrativo así como los documentos aportados por la recurrente en su escrito de interposición sin prejuzgar sobre su valoración a efectos probatorios 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 22 de octubre de 2020, se acordó señalar para votación y fallo del recurso el día 4 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 64.335 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 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Cuarto 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:

COMERCIAL ARROYO CONSTRUCCIÓN, S.A. por participar en un intercambio de información comercial sensible, reparto del mercado del hormigón en la zona Centro.

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

9. COMERCIAL ARROYO CONSTRUCCIÓN, S.A.: 64.335 euros

SEXO.- 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 de 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 Lecona, 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 VALDERRIBAS, 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 VALDERRIBAS, 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, COMERCIAL ARROYO, del siguiente modo:

COMERCIAL ARROYO CONSTRUCCIÓN, S.A. tiene su sede en Palencia y su objeto social es la fabricación, distribución, montaje, venta y comercialización de elementos y materiales para la construcción en general, tanto para obras públicas como privadas, y especialmente los derivados del cemento y cerámicos. Su actividad principal es la fabricación de hormigones preparados, cuenta con 15 empleados y, según los datos aportados al expediente, su volumen de negocios en los últimos años es el siguiente: 2013, 2014 y 2015 18.000.000 €, 18.760.630,68 € y 16.083.855 €, respectivamente.

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 resolución sancionadora de la CNMC imputa a COMERCIAL ARROYO :

participar en un intercambio de información comercial sensible, reparto del mercado del hormigón en la zona Centro.

QUINTO.- En su demanda, la parte recurrente plantea un único motivo impugnatorio.



La infracción del principio de presunción de inocencia recogido en los artículos 24.2 de la Constitución y 137.1 LRJ-PAC por la ausencia de pruebas para imputar a Comercial Arroyo de haber participado en intercambios de información comercial sensible y reparto del mercado del hormigón en la zona centro en los años 2013 y 2014

Tras exponer la jurisprudencia sobre el principio de presunción de inocencia, indica que la única prueba para imputarle la infracción son dos correos que reflejan testimonios de referencia.

Destaca que la resolución imputa a Comercial Arroyo haber participado en acuerdos restrictivos relativos al hormigón, cuando los dos únicos documentos que existen se refieren a su actividad como distribuidor de cemento.

Explica que su actividad se centra en la distribución de cemento fabricado por Cementos Portland Valderrivas, S.A. a clientes localizados en Castilla y León como acredita el correo interno de Portland Valderrivas de 21 de mayo de 2013 (folios 3495-3496) y el correo electrónico de Betón Catalán de 21 de abril de 2014 (folio 2945), donde se menciona a Comercial Arroyo como distribuidor del cemento que adquiriría dicha empresa.

Y es que la actividad de Comercial Arroyo en el mercado del hormigón es absolutamente marginal, en 2014 supuso un 3,8% de su volumen total de negocios (folio 8774), correspondiendo el resto del volumen a otras actividades entre las que la comercialización de cemento supone una parte sustancial. Así lo confirma Portland Valderrivas en sus alegaciones al PCH, al señalar que el hormigón era un producto "que [Comercial Arroyo] solo tocaba de forma muy residual" (folio 7041 del expediente).

La resolución recurrida no identifica "cuál" es la información sensible intercambiada o en qué tipo de reparto de mercado habría participado.

Analiza en primer lugar el correo electrónico interno de Portland Valderrivas de 21 de mayo de 2013 (folios 3495 y 3496).

Expone que se trata de un correo interno de 21 de mayo de 2013, en el que Obdulio, empleado de Portland Valderrivas, remite a Prudencio, gerente de esta empresa, un informe sobre Comercial Arroyo que la CNMC interpreta como revelador de una práctica anticompetitiva por parte de esta.

Recuerda que las menciones en este correo a Comercial Arroyo se realizan en tanto que distribuidor de cemento por lo que esta actuación de Comercial Arroyo no podría incardinarse en ningún comportamiento anticompetitivo en el mercado del hormigón.

Explica que Comercial Arroyo aportó varias facturas relativas a la distribución de cemento giradas por Portland Valderrivas a Comercial Arroyo y por éste al cliente final en las que se puede comprobar que los suministros de Portland Valderrivas están vinculados al suministro por parte de Comercial Arroyo a clientes específicos (folios 8777 a 8793). De hecho, en las facturas giradas por Portland Valderrivas a Comercial Arroyo que se aportaron, figura el nombre del cliente final de Comercial Arroyo para el que se ha negociado el precio del cemento. Como se puede comprobar, el nombre de esos clientes se corresponde con los que figuran en las facturas giradas por Comercial Arroyo. Por ello, Portland Valderrivas tiene información sobre a qué empresas suministra cemento Comercial Arroyo, así como sobre la cantidad de cemento que les suministra y los precios que Comercial Arroyo está aplicando al cliente final.

Sin embargo, la Resolución interpreta este conocimiento de la actividad de Comercial Arroyo por Portland Valderrivas, reflejada en el folio 3495, como parte de intercambios de información comercial sensible y reparto de mercado de hormigón (apdo. 10.1 del epígrafe 4.6. *Individualización de las conductas*).

Se trata de un testimonio de referencia en el que los empleados de Portland Valderrivas le cuentan a un superior lo que un tercero les ha comentado sobre su impresión de la relación con Comercial Arroyo. En virtud de la jurisprudencia constitucional no constituye una prueba suficiente para acreditar la existencia de una infracción.

Análisis del correo.

i. La primera parte del correo contiene valoraciones sobre las subidas de precios del cemento que Portland Valderrivas habría comunicado a Comercial Arroyo.

Portland Valderrivas ya indicó en sus alegaciones al PCH (folio 7042) que estas referencias comportan la solicitud por parte de Comercial Arroyo de apoyo comercial. En el expediente se aportaron las facturas giradas por Portland Valderrivas a Comercial Arroyo (folios 8777 a 8793) en las que se puede apreciar la subida aplicada por Portland Valderrivas en el precio del cemento a partir del 21 de enero de 2013.

En las facturas posteriores al 21 de enero el precio del cemento es superior al que figura en las facturas del mes de enero anteriores a ese día. Además, en las facturas de Comercial Arroyo que figuran en el referido anexo se comprueba que esta empresa no trasladó la subida del cemento a sus clientes, pues obtuvo de ellos



información de que en el mercado se estaba ofreciendo el cemento a un precio más bajo del que él podía ofertar.

Eso no supone ningún acuerdo de intercambio de información o de reparto de mercado en el que hubiera participado Comercial Arroyo a los que se refiere la Resolución. Simplemente Comercial Arroyo no pudo repercutir a sus clientes la subida en el precio del cemento que había llevado a cabo su proveedor.

ii. El correo sigue con información sobre una caída en las ventas realizadas por Comercial Arroyo a determinados clientes.

Ello se explica porque Portland Valderrivas sabe a quién distribuye Comercial Arroyo el cemento que le vende, pues los pedidos de cemento que realiza Comercial Arroyo a Portland Valderrivas y las ofertas de precios de esta última se realizan normalmente por cliente.

iii. El correo contiene una referencia a la potencial salida de los mercados de Zamora y Burgos de la empresa HYMPSA, filial de Portland Valderrivas dedicada a la fabricación de hormigón.

Dice desconocer a qué se debe la expresión que, en relación con esta cuestión, figura en el correo: " *le nombremos heredero u le cedamos las plantas y las obras para él organizar los mercados*".

Rechaza que se pueda afirmar que " *Comercial Arroyo en las provincias de Zamora y Burgos, negocia con VALDERRIVAS la cesión de las plantas hormigoneras y las obras*" porque Comercial Arroyo no hizo propuesta alguna a Portland Valderrivas para hacerse con el negocio de HYMPSA en Zamora o Burgos, y no existe en el expediente ninguna prueba de la supuesta propuesta.

Además, insiste, la actividad principal de Comercial Arroyo es la distribución de cemento, y no fabricar hormigón, a diferencia de HYMPSA. De hecho, en sus alegaciones al PCH Portland Valderrivas señaló que para que Comercial Arroyo pudiera ocupar la posición de HYMPSA hubiera sido necesario " *la entrada de COMERCIAL ARROYO en el mercado del hormigón, producto que solo tocaba de forma muy residual*" (folio 7041).

Comercial Arroyo sabe que HYMPSA siguió operando su planta de Burgos, y la de Zamora cesó el año 2015. Ninguna de estas plantas fue adquirida por Comercial Arroyo.

IV. Las referencias a las obras de la autovía Zamora-Benavente y a los tramos del AVE a Galicia revelan la solicitud realizada por Comercial Arroyo a Portland Valderrivas de un precio de cemento competitivo para poder optar a suministrarlo a la empresa que resultara adjudicataria del suministro de hormigón en las obras mencionadas. Un comportamiento claramente lícito de un distribuidor que pretende desarrollar su negocio.

V. Referencia a una obra de una depuradora en Burgos y a la empresa Hormibusa.

Desconoce a qué responden las referencias que figuran en el correo a los reparos que en Portland Valderrivas existirían respecto de actuaciones de la empresa Hormibusa para esa obra.

En sus alegaciones al PCH Portland Valderrivas indicó que Hormibusa era un cliente y no un competidor, y que las menciones que figuran en el correo a esta empresa están relacionadas con los problemas de impago que venía acarreando (folio 7042). Por lo que conoce Comercial Arroyo, Hormibusa consiguió la adjudicación del suministro de hormigón de la referida obra. Lo dicho por Portland Valderrivas permite descartar en todo caso que esta mención a la empresa Hormibusa implique la realización por parte de Comercial Arroyo de ninguna actividad anticompetitiva.

Considera por ello, que el correo de Portland Valderrivas de 21 de mayo de 2013, es una valoración interna en la que, con información procedente de fuentes indirectas, se explica lo que está haciendo una empresa que se dedica a la distribución de cemento (no de hormigón) de Portland Valderrivas y se conjetura sobre cuáles serían sus intenciones. No hay ninguna prueba de que Comercial Arroyo haya llevado a cabo una actuación anticompetitiva en el suministro de hormigón.

En cuanto al segundo correo interno de Betón Catalán de 21 de abril de 2014 (folio 2945).

Recuerda que las menciones que figuran en este correo a Comercial Arroyo se realizan en tanto que distribuidor de cemento, evidenciándose expresamente en el mismo: " *a comprar a la empresa COMERCIAL ARROYO CONSTRUCCIÓN el cemento necesario*".

Explica que, Tenesiver es uno de los fabricantes de hormigón a los que Comercial Arroyo históricamente ha suministrado cemento. A partir del año 2008 y, sobre todo, del año 2009 Tenesiver acumuló una importante deuda con Comercial Arroyo. Desde ese momento Comercial Arroyo comienza a vigilar la actividad de Tenesiver con objeto de evitar tanto un incremento de la deuda de Tenesiver con Comercial Arroyo, como la potencial declaración formal de insolvencia de la empresa, que conllevaría la pérdida de las cantidades adeudadas. Así quedó explicado en el expediente administrativo (folio 10308).



En el correo interno de Betón Catalán se describe la posibilidad de un acuerdo entre esta empresa y Tenesiver para el suministro de hormigón. Las menciones a Comercial Arroyo que figuran en dicho correo lo único que revelan es que Comercial Arroyo, en la medida en que era el suministrador habitual del cemento de Tenesiver, planteó la posibilidad de suministrar directamente el cemento a Betón Catalán, una empresa de acreditada solvencia, con lo que evitaba el riesgo de impago por parte de Tenesiver.

Por esa razón, como se indica en el correo, Comercial Arroyo negoció con Betón Catalán el precio al que se suministraría el cemento.

El acuerdo de suministro de cemento al que se ha hecho referencia forma parte de las relaciones comerciales habituales en este sector y no constituye ningún acuerdo restrictivo de la competencia. En este sentido, Betón Catalán, en sus alegaciones al PCH y a la PR indicó que los expresados acuerdos tenían una evidente justificación económica (folios 7577 y 10435-10437). Así lo ha indicado también Tenesiver (folio 7352).

Más allá de estos dos correos no hay indicios con datos objetivos que sostengan la imputación de Comercial Arroyo y pese a lo que da por sentado la resolución recurrida, Comercial Arroyo no conocía ni el supuesto plan conjunto que existía a nivel nacional ni el supuesto plan conjunto relativo a la zona centro, cuya existencia no ha sido probada.

No existen pruebas suficientes para considerar que Comercial Arroyo haya formado parte de una infracción única y continuada, en la zona centro ni que fuera consciente de las demás prácticas de gran amplitud temporal que se describen en la Resolución

No hay unidad temporal, pues la CNMC únicamente esgrime como elemento de acusación contra Comercial Arroyo dos correos de mayo de 2013 y abril de 2014, cuando la práctica en la que se pretende involucrarla se habría iniciado en 2009 ni tampoco unidad de objetivos y prueba de ello es que, el Consejo de la CNMC no dio respuesta a estas alegaciones en el expediente.

SEXTO. - La actora denuncia, como único motivo impugnatorio, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y al respecto, conviene recordar que ésta 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, Altrros/Osakeyhtio 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 que 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.

Vamos a analizar la prueba existente,

En primer lugar, se refiere la resolución sancionadora a un correo interno de 21 de mayo de 2013, que responde a la solicitud formulada por Prudencio , gerente de Portland, de conocer los problemas y posibles soluciones ante la reunión que va a tener con comercial Arroyo.

Se trata de un informe realizado por Eduardo Roncero, jefe de Ventas de cemento de Castilla León de Portland Valderribas, terminado por Obdulio y en el que se hace hincapié en que en el último año la relación con Comercial Arroyo la ha llevado Javier Chocarro.

El informe refleja la difícil situación económica de Comercial Arroyo y describe una serie de opiniones de las que, la CNMC deduce un propósito anticompetitivo. Así, se dice en el informe referido a Comercial Arroyo que "*su escaso equipo de hormigón está muy desmotivado y buscándose alternativas laborales*".

De aquí deduce la propuesta de resolución que adquiere sentido el punto 3 del correo que dice lo siguiente:

"Preocupación por NUESTRA POSICIÓN en el hormigón.



El espera que tras nuestra más que probable salida de HYMPSA de Zamora y Burgos le nombremos heredero y le cedamos las plantas y las obras para el organizar los mercados.

Nos ofrece coger él la obra de la autovía Zamora Benavente así como la posibilidad de coger varios tramos de AVE en Galicia".

Se trata de una afirmación de Portland Valderrivas que Comercial Arroyo rechaza ya que, afirma, no hizo propuesta alguna a Portland Valderrivas para hacerse con el negocio de HYMPSA en Zamora o Burgos, y no existe en el expediente prueba alguna de la supuesta propuesta.

Además, insiste, la actividad principal de Comercial Arroyo es la distribución de cemento, y no fabricar hormigón, a diferencia de HYMPSA. De hecho, en sus alegaciones al PCH Portland Valderrivas señaló que para que Comercial Arroyo pudiera ocupar la posición de HYMPSA hubiera sido necesario " *la entrada de COMERCIAL ARROYO en el mercado del hormigón, producto que solo tocaba de forma muy residual*" (folio 7041).

Además, dice Comercial Arroyo, que HYMPSA siguió operando su planta de Burgos, y la de Zamora cesó el año 2015 y ninguna de estas plantas fue adquirida por Comercial Arroyo.

El correo dice:

"HORMIBUSA. OBRA DEPURADORA BURGOS

Según lo comentado, es muy importante que no oferte esta obra Hormibusa, ya que así se había comprometido en el pasado, no lo está cumpliendo y nosotros le podamos dar la solución para que su cliente participe en la misma a un precio razonable"

Comercial Arroyo dice desconocer a qué responden las referencias que figuran en el correo a los reparos que en Portland Valderrivas existirían respecto de actuaciones de la empresa Hormibusa para esa obra.

En el presente caso, la resolución recurrida ampara la imputación a COMERCIAL ARROYO exclusivamente en correos remitidos por terceros y debemos recordar al respecto que el Tribunal Constitucional ha señalado 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.

Sin embargo, no hay reflejo objetivo en el expediente de un acuerdo anticompetitivo sobre la citada obra o sobre las conductas a que se refiere el correo referidas a un Intercambio de información comercial sensible y reparto del mercado del hormigón en la zona centro en 2013, que es lo que puede imputar el citado correo.

En el apartado 4.1.3.b) de la resolución se describen las conductas de "intercambio de información" en el mercado del hormigón consideradas anticompetitivas. En dicho apartado se indica que existen tablas con datos de clientes, volúmenes de producción, cuotas de participación, además de abundante intercambio de información a través de correo electrónico y otros medios como la mensajería instantánea móvil a través de aplicaciones informáticas como WhatsApp. Señala este apartado que "*[t]odos los intercambios habrían venido acompañados de frecuentes reuniones, como se desprende de los correos electrónicos y de las conversaciones mantenidas por WhatsApp entre los integrantes de la mesa en la zona sur*".

Sin embargo, Comercial Arroyo no aparece en ninguna de las "numerosas" tablas que hay en el expediente. Tampoco existe prueba alguna que vincule a Comercial Arroyo con las expresiones "cliente adicto" o "IN" y



"OUT" ni consta correo electrónico o mensaje de WhatsApp que acredite su participación en acuerdos de reparto de mercado en el sector del hormigón.

Tampoco hay constancia de que participara en reuniones en las que se intercambiara información.

Además, de haberse producido tales conductas implicarían también a Portland Valderrivas que, sin embargo, no ha sido sancionada por ello pues solo lo ha sido por actuaciones realizadas en la zona centro en 2014.

Efectivamente, el correo electrónico interno de Portland Valderrivas de 21 de mayo de 2013 (folios 3495 y 3496), es un indicio que sirve para imputar a Comercial Arroyo por la comisión de una infracción de la normativa de la competencia, pero no lo es para imputar a Portland Valderrivas.

Así, la Resolución (p. 68) se refiere a este documento señalando que " *COMERCIAL ARROYO en las provincias de Zamora y de Burgos ... negocia con VALDERRIVAS la cesión de las plantas hormigoneras y las obras para "él organizar los mercados" y ofrece a cambio coger una serie de obras adjudicadas a VALDERRIVAS (folio 3495)*".

Por lo tanto, no entendemos acreditada la participación de Comercial Arroyo en un Intercambio de información comercial sensible y reparto del mercado del hormigón en la zona centro en 2013 si tomamos en consideración el contenido del citado correo.

SÉPTIMO.- La segunda prueba que cita la resolución sancionadora para imputar a Comercial Arroyo se refiere al correo de 21 de abril de 2014 (folio 2945), en el que se refleja un acuerdo de colaboración tripartito entre BETON, TENESIVER Y COMERCIAL ARROYO.

El citado correo dice que:

"A mediados del mes de enero del presente año se llega a un acuerdo entre el director de zona de Beton Catalán en Valladolid y el Director Comercial de TENESIVER por el que éste último se compromete a cerrar su planta de hormigón y comenzar a suministrar sus obras desde la planta de Beton Catalán en La Cisterniga a partir del mes de febrero.

Como compensación, BETON CATALAN se compromete a comprar a la empresa Comercial Arroyo Construcción el cemento necesario para suministrar a dichas obras. Dicho cemento procede de la planta que Portland Valderrivas posee en Venta de Baños (Palencia) y que Comercial Arroyo distribuye y vende con precio final en planta, es decir, materia prima más transporte no existiendo por tanto relación comercial alguna con Portland Valderrivas.

Se pactaron los diversos precios entre BETON y TENESIVER en función de los costes de materias primas, de transporte y de un pequeño margen así como el precio al que Comercial Arroyo vendería a Beton"

La actora reconoce este correo pero advierte que se le menciona expresamente como distribuidor de cemento y que no se le puede imputar un reparto del mercado de hormigón.

Explica que, Tenesiver es uno de los fabricantes de hormigón a los que Comercial Arroyo históricamente ha suministrado cemento pero ante las dificultades económicas de aquella a partir del año 2009 y con el fin de evitar los problemas de insolvencia de aquella y no cobrar las cantidades adeudadas, planteó la posibilidad de suministrar directamente el cemento a Betón Catalán, una empresa de acreditada solvencia, con lo que evitaba el riesgo de impago por parte de Tenesiver.

Por esa razón, Comercial Arroyo negoció con Betón Catalán el precio al que se suministraría el cemento.

Expone que el acuerdo de suministro de cemento al que se ha hecho referencia forma parte de las relaciones comerciales habituales en este sector y no constituye ningún acuerdo restrictivo de la competencia. En este sentido, Betón Catalán, en sus alegaciones al PCH y a la PR indicó que los expresados acuerdos tenían una evidente justificación económica (folios 7577 y 10435-10437) y así lo ha indicado también Tenesiver (folio 7352).

Sin embargo, la Propuesta de Resolución afirma que " *el mencionado acuerdo entre Comercial Arroyo y BETON CATALAN solo puede entenderse en el marco de un acuerdo de reparto de mercado en la zona centro, en el que se pasa a compartir obras obteniendo todas las implicadas beneficio de la operación.*

Por un lado, se ahorran los costes de la planta que cierra, TENESIVER se mantiene en el mercado obteniendo beneficios de su papel de intermediaria, BETON CATALAN amplía su demanda al pasar a suministrar hormigón para las obras de TENESIVER y Comercial Arroyo no solo no se ve perjudicada con el acuerdo alcanzado por las dos hormigoneras ya que mantiene su volumen de ventas sino que evita el riesgo de impago de TENESIVER."

A juicio de la Sala, no hay un acuerdo tripartito en los términos que describe la resolución sancionadora.



A la hora de analizar la documentación y valorar conjuntamente la prueba existente hemos constatado que en un contexto de recesión del mercado, como la que ha afectado al mercado del hormigón en España en los últimos años, es posible que a una empresa ya no le resulte rentable la fabricación del producto. Si la empresa tiene una presencia importante en el mercado con clientes habituales que le compran el hormigón, puede plantearse cerrar la fábrica y reconvertirse en distribuidor del producto, adquiriéndolo a otro fabricante al que le subcontrata la producción del hormigón que revende.

Por otra parte, el fabricante que advierte que uno de sus competidores deja de fabricar hormigón y se instala como distribuidor puede:

- a) dirigirse a los clientes de la planta cerrada para ofrecerles su producto directamente, estrategia que no tiene garantía de éxito, puesto que los clientes pueden optar por seguir comprando a su anterior proveedor (que ahora es distribuidor) o comprar a otro fabricante
- b) presentar una oferta como productor subcontratado a la empresa que cesa en la fabricación de hormigón pero continua como distribuidor en el mercado.

En esta segunda opción, el fabricante de hormigón sirve a un distribuidor de la zona que cuenta con una red consolidada de clientes y compromisos adquiridos y así aquel puede vender con unos costes más bajos sin que ello implique una restricción de la competencia pues el distribuidor puede seguir pidiendo presupuestos a otros fabricantes.

En el presente caso, TENESIVER a primeros de 2014 adoptó la decisión de cerrar la planta de hormigón que tenía en Valladolid y obtener el suministro de hormigón que necesitaba de Betón Catalán. Esa decisión respondía a que la demanda de hormigón había descendido significativamente y, en consecuencia, los precios a los que se adquiría el hormigón. Además, la repercusión de los costes fijos por la falta de volumen determinó un aumento del coste de producción del hormigón hasta el punto que el coste de producción de hormigón en la planta de Valladolid era superior al precio que Betón se lo ofrecía a TENESIVER, como refleja el correo interno de BETON CATALAN de 21 de abril de 2014.

Por esa razón, TENESIVER cerró la planta y pasó a adquirir el hormigón de BETON CATALAN.

Comercial Arroyo era el suministrador habitual de cemento de TENESIVER para la fabricación de hormigón en Valladolid que debía a la recurrente una importante cantidad de dinero.

Al cerrar su planta TENESIVER y subcontratar la producción con BETON CATALAN, aquella intervino para que COMERCIAL Arroyo suministrase el cemento directamente a BETON en lugar de a TENESIVER garantizándole los cobros.

La resolución sancionadora da por sentado que estamos ante un acuerdo que se sitúa en " *el marco de un acuerdo de reparto de mercado en la zona centro, en el que se pasa a compartir obras.*"

Sin embargo, no se indica cuales son las obras que se reparten ni los términos de ese supuesto acuerdo anticompetitivo. Antes al contrario, a juicio de la Sala, entendemos que existe una interpretación económica de carácter alternativo que parte de la decisión de TENESIVER de cerrar su planta de hormigón en Valladolid por razones económicas ya que le es más barato adquirirlo a BETON CATALAN.

Paralelamente, como TENESIVER mantenía una deuda importante con la actora y con el fin de que ésta pudiera cobrarla TENESIVER medió con BETON para que suministrase el cemento directamente a BETON en lugar de a TENESIVER garantizándole los cobros.

Se trata de una acción puntual para dar respuesta a una situación concreta que no obedece, a juicio de la Sala, a un reparto de mercado puesto que no se acredita que el acuerdo tuviera por finalidad reparto alguno de obras ni se inserta en un acuerdo anticompetitivo de mayor amplitud.

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso y la anulación de la resolución recurrida, en cuanto a la participación de Comercial Arroyo en un intercambio de información comercial sensible y reparto del mercado del hormigón en la zona centro 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 el Procurador D. Eduardo Aguilera Martínez, en nombre y representación de **COMERCIAL ARROYO CONSTRUCCION S.A.** 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 64.335 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 hoy fe.

FONDO DOCUMENTAL CEJDO