



Roj: **SAN 4193/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:4193**

Id Cendoj: **28079230062020100396**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **18/12/2020**

Nº de Recurso: **452/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MIGUEL DE LOS SANTOS GANDARILLAS MARTOS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000452 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05330/2016

Demandante: HANSON HISPANIA, S.A.

Procurador: DÑA. MARIA ESTHER CENTOIRA PARRONDO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

Dª. 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.

Se ha visto ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 452/16, el recurso contencioso-administrativo formulado por **HANSON HISPANIA, S.A.** representada por la procuradora doña Esther Centoira Parrondo contra la resolución de 5 de septiembre de 2016, S/DC/0525/14 CEMENTOS, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 325.574 euros.

Ha sido parte la Administración General del Estado defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la actora se interpuso recurso contencioso-administrativo mediante escrito presentado en los términos expresados en el encabezamiento, acordándose su admisión mediante decreto, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Se formalizó la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso y anulación de la resolución impugnada.

TERCERO.- El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, pide la desestimación del recurso.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba, tras el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 16 de diciembre de 2020 en que efectivamente se deliberó y votó.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. don Santos Gandarillas Martos, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso la resolución de 5 de septiembre de 2016, S/DC/0525/14 CEMENTOS, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, por la que se le impuso a HANSON HISPANIA, S.A. (en adelante HANSON) una sanción consistente en una multa de 325.574 euros por la comisión de una infracción por participar en un intercambio de información comercial sensible y reparto del mercado del cemento, e intercambio de información comercial sensible, acuerdo de precios y reparto del mercado en el mercado del hormigón en las zonas Noreste, Centro y Sur.

En la parte dispositiva de dicha resolución, se indicaba:

«[P]RIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado cuatro infracciones 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:

(...)

10. HANSON HISPANIA, S.A. por participar en un intercambio de información comercial sensible, reparto del mercado y acuerdo de precios del hormigón en la zona Noreste.

(...)

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

(...)

10. HANSON HISPANIA, S.A.: 325.574 euros [...]».

La resolución calificó la infracción como única y continuada, en la zona Noreste de España, cometida por las empresas BETÓN CATALÁN, VALDERRIVAS, CEMEX, HANSON, LAFARGE Y PROMSA, consistente en intercambio de información comercial sensible, reparto de mercado del hormigón y acuerdo de precios desde 1999 hasta 2014. Acotó en la individualización de la conducta para HANSON «Intercambio de información comercial sensible y reparto del mercado del hormigón en la zona noreste en 2012 2. Intercambio de información comercial sensible y acuerdo de precios en el mercado del hormigón en la zona noreste en 2012», (folio 123).

Como resumen de los hitos más relevantes podemos señalar que:

1.- En el marco de la información reservada y en cumplimiento de las ordenes de investigación dictadas el 8 de septiembre de 2013, la Dirección de Competencia (en adelante, DC) 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 de 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. (folios 6 a 234).

2.- Con la información obtenida el 22 de diciembre de 2014 y de conformidad con el artículo 49.1 de la LDC, acordó la incoación del expediente sancionador S/DC/0525/14 CEMENTOS contra diez empresas por conductas prohibidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, (LDC) de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE de 4 de julio) 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. Entre las empresas inicialmente investigadas se encontraba HANSON.

3.- El 27 y 28 de mayo de 2015, se llevaron a cabo por la DC nuevas inspecciones domiciliarias, acordándose el 25 de noviembre de 2015 una nueva ampliación.

4.- El 18 de noviembre de 2015, la DC formuló el pliego de concreción de hechos (PCH) al que se presentaron alegaciones.

5.- El 22 de febrero de 2016 se notificó el cierre de la fase de instrucción y el 8 de marzo se dictó propuesta de resolución (PR) (folios 8878 a 8904), en la que consideraba acreditada en la zona Noreste, para el mercado del hormigón, una infracción como única y continuada cometida por las empresas BETÓN CATALÁN, VALDERRIVAS, CEMEX, HANSON, LAFARGE Y PROMSA, consistente en intercambio de información comercial sensible, reparto de mercado del hormigón y acuerdo de precios desde 1999 hasta 2014.

6.- El 4 de abril de 2016, al amparo del artículo 50.5 de la LDC, la DC elevó al Consejo de la CNMC su Informe y PR.

7.- El 20 de junio de 2016, la Sala de Competencia de la CNMC acordó requerimiento de información del volumen de negocios total en 2015.

8.- La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 5 de septiembre de 2016.

SEGUNDO.- Comienza el escrito de demanda haciendo un resumen de cómo se fueron dando los sucesivos pasos por la CNMC, y prosigue distinguiendo cuestiones relativas a la infracción y las dedicadas a la sanción.

(i) En primer lugar, afirma que la imputación realizada contra HANSON se basa en documentos obtenidos en inspecciones que resultan ser nulas de pleno derecho, por la ilegalidad de las órdenes de investigación en MOLINS y BETÓN CATALÁN. En ambos casos, las órdenes debieron ser corregidas en su redacción inicial. En su contenido son amplias y genéricas y no cumplen con los estándares de concreción y suficiente delimitación que, para estos actos, ha fijado el Tribunal Supremo.

(ii) Continúa negando de manera con la categórica la infracción por la que se le sanciona a HANSON. Descansa la imputación en dos únicos documentos, un correo interno de MOLINS (folio 4597) y la cadena de correos sobre los precios a aplicar por la UTE Adossat (folios 2939 y 2940). Ninguno revela la infracción imputada. El primero es un manifestación unilateral; en los segundos la creación de la UTE Adossat estaba plenamente justificada, y cumplía todas y cada una de las condiciones que se exigen para justificar su existencia. Tenía por objeto la ejecución de la obra del dique del Puerto de Barcelona junto con PROMSA y BETÓN CATALÁN. Sostiene que una UTE nunca puede ser considerada restrictiva de la competencia si se cumplen las condiciones que justifican su existencia, en los términos que tradicionalmente vienen aplicando las autoridades de defensa de la competencia de nuestro país y que, entre otras, resumen en la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 28 de julio de 2011 en el Expte. S/252/10, Lafarge.

La constitución de la UTR fue solicitada por el cliente. HANSON no hubiera podido llevar a cabo esa obra sin el concurso de las otras empresas, ya que exigía suministrar una cantidad muy importante de hormigón, aproximadamente 207.000 m³, de unas calidades muy específicas distintas de las del hormigón estándar, durante un periodo muy corto de tiempo (unos once meses). La única planta de fabricación de hormigón desde la que, por razones de distancia, HANSON podría haber suministrado a la obra, es la que se encuentra situada en la Zona Franca de Barcelona (la Planta de la Zona Franca), con una producción diaria manifiestamente insuficiente, como se acreditó y expuso ante la CNMC. Hubiera resultado inviable por un sola empresa afrontar Las garantías de suministro.

(iii) Afirma la ausencia de acreditación del intercambio de información comercial sensible y fijación de los precios del hormigón en la zona Noreste en 2012. Se justifica en un correo de 17 de agosto de 2012, una vez constituida la UTE, y se enmarca dentro de la legítima ejecución del suministro de hormigón en la UTE Adossat.

(iv) De manera subsidiaria, denuncia la falta de motivación y proporción en la imposición de la sanción.

Por el Abogado del Estado se solicita la desestimación del recurso, reiterando en gran medida los argumentos barajados por la resolución sancionadora.

TERCERO.- Las alegaciones contenidas en el escrito de demanda pueden ser ordenadas en aspectos formales y las cuestiones de fondo. Dentro de las primeras identificamos la queja sobre las irregularidades que detecta en las órdenes de inspección.

Comencemos recordando que, a pesar de que un juzgado hubiera autorizado la entrada, no es óbice para que esta Sala se pronuncie sobre la validez y eficacia de la orden de investigación como resulta de la STS de 10 de diciembre de 2014, recurso 4201/2011.

En cuanto al contenido concreto de la orden, el artículo 13.3 del Real Decreto 261/2008, (RDC) de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (BOE de 27 de febrero), concreta que la Orden de Investigación requiere de «[u]na autorización escrita del Director de Investigación que indique el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma. La autorización escrita incluirá, asimismo, las sanciones previstas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, para el caso de que las empresas no se sometan a las inspecciones u obstruyan por cualquier medio la labor de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia. [...]».

En el presente recurso se cuestionan dos órdenes de investigación, la primera de 16 de septiembre de 2014 (folio 30). En este caso, a pesar de las quejas de la actora, la orden de investigación resulta análoga a otras tantas dictadas por la CNMC, como por ejemplo, la que fue revisada por la STS de 16 de enero de 2015, recurso 5447/2011, en la que haciendo suyas las palabras de esta Sala, reprodujo en el FJ 3º que «[n]o se considera se haya vulnerado el derecho a la defensa por cuanto la orden de investigación indicaba el objeto, finalidad y alcance de la Inspección. Ello permitió conocer a la empresa el alcance de su deber de colaboración y el ámbito al que ceñía la Inspección, advirtiéndole de las consecuencias de la falta de colaboración. En este caso sólo se procedió a recabar documentación preexistente y no se requirió ningún tipo de información más allá de la mera indicación de la ubicación de los soportes donde se encontraba la misma. Asimismo no consta acreditado que se incautara documentación no relacionada con el objeto de la investigación delimitado en la orden de la Inspección [...]».

La rectificación del párrafo situado entre los folios 3 y 4 de la orden, y que se hizo a instancias del abogado del Estado (folios 34 a 36), no desvirtúa este razonamiento. Efectivamente, en la orden originaria se hacía referencia a «[l]as tiras reactivas de glucosa en sangre». Fue corregido el mismo día por «mercados de cemento, hormigón y relacionados [...]». Para la actora constituye la prueba evidente de la falta de motivación de la orden, sin embargo, olvida que más arriba, en el mismo folio 2, ya se identifica el mercado correctamente y el ámbito al que se extendía la investigación, con lo que solo podemos calificar la rectificación de mero error material.

Consta una segunda dictada el 18 de mayo de 2015, folios 3832 y 3936, donde la motivación si cabe es mayor. En esa ocasión sí hizo una referencia clara a las actuaciones llevadas cabo, a las conductas hasta ese momento detectadas, a su relevancia en relación a las infracciones perseguidas, al ámbito territorial en que se han detectados los contactos y al contenido de los posibles acuerdos colusorios.

En definitiva, la Sala ha confirmado la legalidad de otras órdenes de investigación de corte parecido, como por ejemplo en la sentencia ya firme de 12 de mayo de 2015, recurso 175/2013, criterio que reiteramos en las posteriores de 18 de febrero de 2020, recursos 677/2015, 667/2015, o la de 26 de marzo de 2019, recurso 547/2015, en la que también concluimos que «[l]a orden de investigación ocasione indefensión a la recurrente; por el contrario, en la orden de investigación queda claramente concretado el mercado del producto investigado y ello permite conocer cuál era la finalidad de la investigación como era inspeccionar si la recurrente había participado en las conductas colusorias investigadas [...]». En todos estos casos nos atuvimos a las pautas establecidas por el Tribunal General de la Unión Europea en su sentencia de 26 de octubre de 2010 dictada en el asunto T-23/09 ."

CUARTO.- Despejadas las dudas formales, entremos en los motivos de fondo invocados en el escrito de demanda y que hemos resumido en los puntos (ii) y (iii). Los analizaremos de manera conjunta en cuanto que ambos tienen que ver con los hechos en los que la CNMC sustenta la infracción y con la motivación de la culpabilidad.

Para abordar estos motivos de impugnación es necesario identificar correctamente cuáles son los hechos probados de los que parte la resolución sancionadora. Para esta labor obviamos cualquier referencia a años anteriores que no fueron objeto de sanción, a pesar de su inclusión por la CNMC en el relato de hechos probados.

En atención con los términos en los que quedaron circunscritas las infracciones podemos distinguir:

a) En un correo electrónico interno de BETÓN CATALÁN, de 22 de febrero de 2012, se dijo « Eulogio , he hablado con XXX de Cemex respecto a la obra de Mercadona de Montblanc. Ellos suministran un Mercadona para el mismo cliente en el Garraf y éste le dijo que BC, UNI, y CX van alrededor de 52 / m3 y otra empresa a 47 / m3.Hemos quedado que un tal Fernando (planta del Garraf) intentará matarla bajando 0.5 y le dirá que la

hacemos a medias. Mañana iremos juntos para explicar el tema en persona y hablar de hacer 2 contratos. Parece que la obra son 4000 m³. Nosotros haremos algo más de la mitad.» (folio 2960).

b) El 19 de abril de 2012, el director de operaciones de MOLINS escribió a un empleado de PROMSA, compartiendo con él la siguiente información «Le expliqué a XXX y a XXX para q t explicaran la posible UTE con BC y Hanson q hable con CMX. Es importante q tu ahora a través de Sebastián y Hanson q forcéis q Uni no quiera participar. Es urgente.» (folio 4597).

c) El 16 de agosto, el jefe de operaciones de la Zona de Barcelona de PROMSA, escribió a empleados de esta misma empresa, de HANSON y de BETÓN CATALÁN, mediante correo electrónico, asunto es «PRECIOS RESTO PRODUCTOS DIQUE», «Buenos días, Os adjunto propuesta de precios Resto Productos Obra Dique Según escandallo se mantiene el Margen Bruto del producto principal de los Dados 6,90€/m³ Se ha contemplado el coste del CEM IIAL a 43,40€/Tn y SR 50,40€/Tn puestos en planta obra.».

d) El 17 de agosto, alguien de HANSON, respondió a todos « Carlos Daniel : No me cuadran los números. Según tu propuesta de precios el Margen Bruto unitario que obtengo está alrededor de 5-5,50€/m³. Creo que tendríamos que subirlo como mínimo 1,5€/m³.».

e) Por parte de PROMSA, se respondió a todos «He revisado Escandallo Formulas Promsa. Precios materia prima acordados y os confirmo el Margen Bruto. Me parece bien defender el incremento que comentas, quedo pendiente de decisión final para anular precios a obra.».

f) HANSON, respondió a todos «Por mi parte creo que podemos dar el tema por decidido. Pasamos la oferta con el incremento de 1,50€/m³» .

g) PROMSA, escribió en respuesta «Me parece bien aumentar los 1,5€.».

f) Por último, el responsable de la Zona de Barcelona de BETÓN CATALÁN, responde a todos «OK a los precios más caros» (folios 2939 y 2940).

QUINTO.- Descritos los hechos en los que el acuerdo impugnado sustenta la sanción a HANSON, comprobamos que los dos primeros son correos entre terceros que no fueron dirigidos y de los que no tuvo conocimiento la recurrente. Los otros seis, identificados de las c) a f), tuvieron lugar con ocasión del dique del Puerto de Barcelona por la UTE Adossat, en la que intervino HANSON.

En cuanto a los primeros dos correos, no estamos ante el resultado de una prueba indiciaria que nos permita intuir la participación de la actora en el cártel. En la prueba indiciaria se parte de un hecho conocido y cierto del que a través de un razonado proceso de análisis deductivo se concluye la existencia de otro desconocido, hasta ese momento, pero también cierto y veraz, donde se culmina y manifiesta la conducta infractora.

Este proceso debe estar trabado con la suficiente fuerza persuasiva que lleve, sin dudas, a la convicción de quien juzga que los hechos se han producido tal y como se describen, de manera que sea posible establecer una directa relación entre estos y las consecuencia punitivas que se anudan, descartando cualquier otra explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que ha llegado.

En definitiva, para que la prueba de presunciones supere la barrera de la presunción de inocencia, se requiere que los indicios no se sustenten en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados, y que entre el hecho base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano.

No olvidemos que 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 (véanse en ese sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1993, Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85, Rec. p. I-1307, apartado 127; del Tribunal General de 6 de julio de 2000, Volkswagen/Comisión, T-62/98, Rec. p. I-2707, apartados 43 y 72).

En el presente litigio no tenemos constancia de que, respecto a ese tercero y en relación a la actora, los hechos a los que se refiere o indica fueran ciertos, hubieran tenido lugar, o que en la información intercambiada hubiera tenido efectiva participación quien aquí recurre.

Lo que otros digan de un tercero podría ser válido como indicio para llevar a cabo una investigación, pero necesita de otros elementos que justifiquen, cuanto menos, que lo dicho o hablado entre ellos respecto del tercero resulta cierto o verosímil. En todo caso, debe ser confirmado por otros extremos que revelen, sin dudas, su participación o conocimiento de la infracción. El rumor debe estar confirmado por otras actuaciones y debidamente expuesto en el proceso de motivación a la hora de imponer la sanción.

En este tipo de correo, donde lo único cierto es la cita de un tercero, no se puede construir una prueba de cargo por indicios con las mínimas garantías para imputar una infracción como la que es objeto de revisión en el presente recurso, si no va confirmado por otros extremos donde se ponga de manifiesto la directa o efectiva participación de la sancionada.

Podría tener relevancia incriminatoria el contenido de estos dos correos, si quien sancionó hubiera establecido su conexión con otras pruebas en las que pudiera sustentarse la culpabilidad. No es así, como veremos cuando examinemos el contenido de los otros seis, comprobaremos que no guardan relación con los intervenidos a las terceras empresas, o al menos la CNMC no ha sabido establecerla.

En definitiva, estas dos comunicaciones no constituyen prueba suficiente para justificar la sanción impuesta.

SEXTO.- Continuando con el análisis de los hechos, los otros seis correos objetivamente sí podrían revelar una práctica colusoria, sin embargo no pueden ser sacados de contexto. Todos son comunicaciones que tuvieron lugar con ocasión de la obra del dique del Puerto de Barcelona que llevó a cabo la UTE.

Aclaremos que el solo hecho de que la obra fuera ejecutada por una UTE no descarta sin más, por la naturaleza de este tipo de agrupaciones o concentraciones temporales de empresas, la posible comisión de una infracción en el ámbito de la competencia. Sin embargo, requiere por parte la autoridad que sanciona un análisis más detallado y profundo de las relaciones de las empresas partícipes, puesto que por su propia naturaleza una UTE exige que se llegue a determinados acuerdos y se intercambien cierta información. De otro bastaría la mera constancia de la UTE para poder imputar la existencia de un cártel anticompetitivo.

Por el contrario debe estar la autoridad administrativa especialmente atenta para que una agrupación de empresas no enmascare una práctica anticompetitiva. Por ello el artículo 69.2 de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE de 9 de noviembre) establece que «[c]uando en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación apreciaran posibles indicios de colusión entre empresas que concurran agrupadas en una unión temporal, los mismos requerirán a estas empresas para que (...) justifiquen de forma expresa y motivada las razones para concurrir agrupadas [...]».

Para apreciar si, al abrigo de una UTE, se comete alguna infracción del artículo 1 de la LDC o del 101 del TFUE, se debe atender la «necesidad objetiva» de su constitución. Como se desprende del artículo 237 de la comunicación de la Comisión «Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal» (DOUE C11/1) donde expresamente se pone en duda «[q]ue un acuerdo de comercialización suscite problemas de competencia si es objetivamente necesario para que una parte pueda introducirse en un mercado al que no hubiera podido acceder individualmente o con un número de partes menor que el que participa realmente en la cooperación, por ejemplo, debido a los costes implicados. Una aplicación concreta de este principio serían los arreglos de consorcio que permiten a las empresas implicadas participar en proyectos que no podrían emprender individualmente. Como las partes del arreglo de consorcio no son, por lo tanto, competidores potenciales en la ejecución del proyecto, no existe restricción alguna de la competencia a tenor del artículo 101, apartado 1.».

La propia Directriz no excluye la posibilidad de prácticas colusorias en estas agrupaciones empresariales, se limita a decir que «por lo general no es probable» que en estos casos se puedan vulnerar las normas de competencia. Sin embargo y como hemos dicho, exige tanto su control como el rigor y el detalle de las circunstancias de cada caso para corroborar que se ha cometido una infracción y explicar la imposición de una sanción.

Anticipamos que este riguroso examen no preside el discurso de la resolución sancionadora. Cuanto menos no dio una razonada respuesta a las cuestiones que planteó la empresa en su escrito de alegaciones y que ahora reproduce en la demanda. La Administración se limitó a decir que lo alegado no desvirtuaba la propuesta de sanción, sin entrar ni dar respuesta precisa a lo que se le invocaba, a pesar de que no cuestionó la veracidad de las afirmaciones que se hacían.

Este último extremo resulta de especial relevancia a la hora de resolver el presente recurso, puesto que la veracidad de lo dicho por la actora, al margen de la valoración jurídica que pueda merecer, no ha sido puesto en tela de juicio.

Para valorar que la UTE no vulnera las normas de competencia, como hemos apuntado, hay que centrarse en la necesidad de su constitución. No se trata de una cuestión de conveniencia, de oportunidad o de interés empresarial, se requiere que la UTE, a través de la agrupación temporal de determinadas empresas, sea el mecanismo necesario para acceder a una obra que de otra manera habría sido imposible. Dicho de otra manera, tiene todo el sentido cuando una empresa por sí sola no hubiera podido llevar a cabo la tarea encomendada o

el compromiso asumido; solo con el concurso de otras la tarea podía ser acometida con solvencia. En estos casos, cuando la constitución de la UTE se hace necesaria, la asociación temporal lejos de limitar o perjudicar la competencia la amplía.

Veamos si, en el presente caso, se dan las circunstancias que justificarían la constitución de la UTE.

Afirma la demanda sin que haya sido cuestionado, que el único proyecto para el que fue creada era la obra de mejora del dique del este del puerto de Barcelona. Para este cometido se requería un suministro de hormigón de una determinada calidad que era imposible facilitar por separado. En el caso de HANSON la planta de mayor proximidad a la obra, solo podía producir 20.000 m³, cuando se necesitaban aproximadamente 207.000 m³ de hormigón de unas calidades muy específicas distintas de las del estándar. Además, el periodo en que tenía que acometerse la obra era muy breve, apenas unos once meses.

Las circunstancias expresadas, que van desde el tipo de material, su volumen, su calidad, la proximidad de la fuente de suministro con la obra a ejecutar, y en el periodo de tiempo en que tenía que acometerse el proyecto, constituyen razones suficientes para justificar la necesidad de la UTE.

La Administración no ha puesto en tela de juicio -y no lo vamos a hacer nosotros- que sin esta agrupación de empresas la obra no podría haberse llevado a cabo. Una sola empresa, por si sola, hubiera sido incapaz de afrontar unas garantías de suministro de esta magnitud.

Aun así, y a pesar de la necesidad objetiva que presidió la constitución de la UTE, no se puede descartar que las empresas bajo esta lícita cobertura no puedan vulnerar las normas de competencia extralimitándose, bien en cuanto al objeto para el que fue constituida, bien intercambiándose información sensible innecesaria para la ejecución del proyecto. En el presente caso, además de que la Administración no entra en consideraciones de este tipo, comprobamos que el contenido de los correos intervenidos se referían exclusivamente a la UTE y a la obra para la que fue creada. De hecho, el correo inicial del que son respuesta los demás iba llevaba el título «PRECIOS RESTO PRODUCTOS DIQUE». Tampoco el contenido de lo transcrito permita pensar en un intercambio espurio a la finalidad de su constitución.

A la falta de un análisis y fundamentación más rigurosas por parte de la Administración que sanciona, constatamos la necesidad objetiva de esta agrupación de empresas, constituida con ocasión de la obra pública, y la inexistencia de las prácticas colusorias que se le imputan a la actora por su participación en este proyecto.

SÉPTIMO.- Con este razonamiento podríamos dar por concluido el litigio, sin embargo, la forma en que fue calificada la infracción imputada y la relación con los hechos probados revelan, con más motivo, la falta de acierto de la Administración.

Se le imputó una infracción única y continuada en la zona Noreste de España, cometida por las empresas BETÓN CATALÁN, VALDERRIVAS, CEMEX, HANSON, LAFARGE Y PROMSA, consistente en intercambio de información comercial sensible, reparto de mercado del hormigón y acuerdo de precios desde 1999 hasta 2014. Pero se acotó en la individualización de la conducta por HANSON al año 2012.

Cuando se califica una infracción de esta manera, es porque se tiene la constancia de que la participación en las prácticas colusorias va precedida de (i) la existencia de un plan global que persigue un objetivo común, (ii) la contribución intencional de la empresa a ese plan, (iii) y el hecho de que se tenía conocimiento (demostrado o presunto) de los comportamientos infractores de los demás participantes, como nos recordó la STJUE de 16 de junio de 2011, Asunto T-211/08, Putters International NV, (apartados 34 y 35).

El efecto directo de este tipo de calificación supone, por un lado, la posible imputación de conductas en las que la sancionada no ha tenido participación directa, pero que le hace extensiva por su conexión y anuencia al plan preconcebido, y por otro, permite una sustancial alteración de las reglas de la prescripción en cuanto a los supuestos de interrupción.

La prueba evidente de que la calificación llevada a cabo por la Administración no fue ajustada a derecho, es la limitación de la imputación de la conducta sancionada al año 2012, a pesar de que se considerada por la Administración que se trataba de una infracción única y continuada. En ese año HANSON solo tuvo intervención en la UTE, lo que evidencia que, o el plan preconcebido necesario para que estemos ante este tipo de infracción era el propio acuerdo para la agrupación de empresas, o que, efectivamente, hay una total orfandad por parte de la Administración en la delimitación, definición o determinación del plan preconcebido, indispensable, para poder calificar una actuación o una concatenación de actuaciones como integradoras de infracción única y continuada.

OCTAVO.- Todo lo razonado nos conduce a la íntegra estimación del presente recurso, sin que resulte necesario analizar el resto de los motivos invocados relativos a la sanción. La estimación de las pretensiones de la actora

implica, tratándose de acto administrativo sancionador de carácter general, su anulación parcial solo en la parte que afecta a HANSON.

NOVENO.- La estimación del recurso conlleva la imposición de costas a la Administración de conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la LJCA.

FALLAMOS

Que debemos estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **HANSON HISPANIA, S.A.** contra la resolución de 5 de septiembre de 2016, S/DC/0525/14 CEMENTOS, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, y anulamos parcialmente el acuerdo sancionador en cuanto a la sanción que le fue impuesta a la actora; con expresa condena en costas a la Administración.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá 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.