



Roj: **SAN 4170/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:4170**

Id Cendoj: **28079230062020100379**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **21/12/2020**

Nº de Recurso: **477/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000477 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05686/2016

Demandante: SURGYPS, S.A.

Procurador: D. RODRIGO PASCUAL PEÑA,

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

SENTENCIA N^o:

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 veintiuno de diciembre de dos mil veinte.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. **477/2016**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Rodrigo Pascual Peña, en nombre y en representación de la entidad mercantil **SURGYPS, S.A.**, contra la Resolución dictada en fecha 5 de septiembre de 2016 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente sancionador S/DC/0525/14, CEMENTOS, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 7.579 euros por la comisión de una infracción única y continuada consistente en el intercambio de información comercialmente sensible y reparto de mercado durante el año 2010 y desde 2012 a 2014 en la zona geográfica sur en el mercado del producto de hormigón. Ha 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 que esta Sala dicte sentencia por la que se acuerde la nulidad de la resolución impugnada.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dicte sentencia por la que se confirme la resolución recurrida en todos sus extremos.

TERCERO.- Una vez practicadas las pruebas admitidas a trámite, las partes presentaron los correspondientes escritos de conclusiones quedando posteriormente el recurso pendiente para votación y fallo. Y se fijó para ello la audiencia del día 28 de octubre de 2020.

Siendo ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Berta Santillán Pedrosa, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo la entidad actora, SURGYPS, S.A., impugna la resolución dictada en fecha 5 de septiembre de 2016 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente S/DC/0525/14 CEMENTOS, que le impuso una sanción de multa por importe de 7.579 euros por su participación en la comisión de una infracción única y continuada consistente en el intercambio de información comercialmente sensible y en el reparto de mercado durante el año 2010 y desde 2012 a 2014 en la zona geográfica sur en relación con el mercado de producto del hormigón.

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 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:

23. SURGYPS, S.A. por participar en un intercambio de información comercial sensible y reparto en el mercado del hormigón en la Zona Sur.

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

23. SURGYPS, S.A.: 7.579 euros.

CUARTO. Intimar a las empresas sancionadas para que en el futuro se abstengan de realizar las practicas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.

QUINTO. Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.

(...)

SEPTIMO. Resolver sobre la confidencialidad relativa a la documentación aportada por las empresas de conformidad con lo señalado en el Fundamento de Derecho Quinto."

La CNMC en la resolución impugnada ha calificado como infracciones muy graves, tipificadas en el artículo 62.4.a) de la Ley 15/2007, las conductas anticompetitivas realizadas por las empresas sancionadas prohibidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007. Conductas que, según la CNMC tal como se recoge en la resolución impugnada, han afectado a la libre competencia por cuanto los clientes, normalmente responsables de obras públicas o privadas, se han visto perjudicados por los incrementos coordinados y en definitiva por unos precios superiores a los que, en un contexto de libre competencia, y en ausencia de tales acuerdos, hubieran pagado.

La CNMC ha declarado que las practicas sancionadas han tenido lugar en los mercados del cemento, del hormigón y de sus productos relacionados. Y ha considerado que se han cometido cuatro infracciones únicas y continuadas atendiendo al mercado del producto afectado - bien mercado del cemento o bien mercado del hormigón- y además en el caso del mercado del hormigón ha distinguido atendiendo a la zona geográfica en la que se realizaban las practicas colusorias, bien zona centro, zona sur y zona noreste.



Así, en relación con el mercado del producto cemento, la CNMC ha imputado la comisión de una infracción única y continuada a nivel nacional llevada a cabo por las empresas VALDERRIBAS; CEMEX; CEMINTER y HOLCIM, consistente en el intercambio de información sensible y reparto de mercado de cemento en los años 2013 y 2014.

Y en relación con el mercado de hormigón:

1. En la Zona Noreste de España la CNMC ha entendido que en esa zona se ha cometido una infracción única y continuada por las empresas BETON CATALAN; VALDERRIBAS; CEMEX; HANSON; LAFARGE Y PROMSA, consistente en intercambio de información comercial sensible, reparto de mercado del hormigón y acuerdos de precios desde el año 1999 hasta el año 2014.
2. En la Zona Centro de España, la CNMC ha entendido que se ha cometido una infracción única y continuada por las empresas BETON CATALAN; VALDERRIBAS; COMERCIAL ARROYO; TENESIVER; HORMIBUSA; LAFARGE; CEMEX Y MAHORSÁ, consistente en el intercambio de información sensible, reparto del mercado del hormigón y acuerdo de precios desde el año 2009 hasta el año 2014.
3. Y en la Zona Sur de España, la CNMC ha entendido que se ha cometido una infracción única y continuada por las empresas BETON CATALAN; VALDERRIBAS; ANDEMOSA; HORSEV; PREBRETONG; HISPALENSE; LEFLET; BETOLANIA; SURGYPS; POLICHI; PREMACONS; PRELHOR; UTRERA y CREA CONS, consistente en el intercambio de información comercialmente sensible, reparto de mercado y acuerdo de precios desde el año 2005 hasta el año 2014.

La CNMC señala en la resolución sancionadora que cada infracción puede diferenciarse por zonas geográficas porque *"en cada ámbito geográfico delimitado en el presente expediente resulta evidente la correlación entre los sujetos intervinientes en las conductas investigadas, ya que todas las empresas imputadas en cada zona han participado en las conductas atribuibles a ese ámbito concreto. Las empresas eran coincidentes en la zona correspondiente y la naturaleza y contenido de los contactos perseguían la misma finalidad, esto es, fijar una estrategia común para repartirse el mercado del hormigón en cada zona"*.

Respecto de la mercantil aquí recurrente SURGYPS, S.A. se le describe en la resolución impugnada como una sociedad presente en el mercado del hormigón. Y se le ha imputado una infracción única y continuada por su actuación anticompetitiva durante el año 2010 y desde el año 2012 al año 2014 en el mercado del hormigón y en la zona geográfica Sur.

SEGUNDO. - En su demanda, la parte recurrente, SURGYPS S.A., solicita la nulidad de la resolución sancionadora impugnada y ello en virtud de los siguientes razonamientos.

1. Caducidad del procedimiento sancionador porque la resolución sancionadora se ha dictado incumpliendo el plazo máximo de duración de estos procedimientos. Y ello entiende que es así porque las dos suspensiones acordadas no pueden tener como efecto la suspensión del plazo de duración del procedimiento ya que carecen de motivación suficiente.
2. Nulidad de la orden de inspección por su carácter genérico lo que determina la ilicitud de las pruebas así obtenidas y no pueden tener valor probatorio.
3. Se ha vulnerado el derecho de presunción de inocencia ya que no existe prueba de cargo relativa a su participación en la conducta colusoria imputada. Además, destaca que, en las fechas que se le han imputado, estaba en situación concursal pues se había declarado en situación de concurso voluntario mediante auto de 5 de octubre de 2010 dictado por el Juzgado Mercantil nº 2 de Madrid en el Procedimiento nº 480/2010, fecha a partir de la cual el ejercicio de las facultades de administración y disposición quedaban sometidas a la intervención de los administradores concursales de tal modo que cualquier actuación irregular hubiera sido advertida por la Administración concursal y el Juzgado. Y el cese de la administración concursal no se produjo hasta la fecha del 26 de julio de 2016 en que se dictó sentencia por la que se aprueba judicialmente el convenio.
4. La multa impuesta a SURGYPS no cumple los criterios legales de cálculo de multas de la LDC y, a la luz de los hechos acreditados, no es proporcional, de acuerdo con los criterios establecidos por la LDC y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

TERCERO. - Iniciamos el análisis por las alegaciones formales determinantes de nulidad invocadas por la recurrente.

En primer lugar, invoca la caducidad del expediente sancionador. La mercantil recurrente sostiene la caducidad del procedimiento administrativo puesto que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36 de la LDC, el procedimiento sancionador debió finalizar el 22 de junio de 2016 y, sin embargo, la resolución por la que finaliza el expediente no se dicta hasta el 5 de septiembre de 2016, notificada el 9 de septiembre de 2016, habiéndose



así superado el citado plazo de los 18 meses. Explica que la supuesta razón de dicha demora viene amparada en los plazos de suspensión acordados por la CNMC durante la tramitación del expediente. En concreto:

1. La suspensión desde el 25 de marzo de 2015 al 22 de mayo de 2015 para la resolución del recurso presentado por CEMENTOS MOLINS INDUSTRIAL, S.A. respecto del acuerdo de aceptación parcial de confidencialidad.
2. La suspensión desde el 23 de junio de 2016 hasta el 17 de julio de 2016 para que los interesados aportaran la documentación requerida o, en su caso, transcurriera el plazo concedido.

Frente a ello, la recurrente sostiene la falta de motivación de los acuerdos de suspensión del plazo de resolución. Recuerda que la posibilidad de suspender el procedimiento viene prevista para los supuestos tasados en el artículo 37 de la LDC, por lo que la suspensión del plazo es potestativa y, por tanto, no puede entenderse automáticamente aplicada en todos los casos. Y añade que dicha suspensión debe venir motivada y que, en el caso examinado, ninguna de las dos suspensiones lo fue porque la CNMC se limitó a copiar el artículo 37 de la LDC sin precisar ni concretar las razones por la que resultaba idóneo suspender el procedimiento.

En el caso examinado, el primer acuerdo de suspensión se fundamentó en los siguientes términos:

"Con fecha 20 de marzo de 2015 se recibió en esta Dirección de Competencia Nota de Régimen Interior del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), solicitando a esta Dirección de Competencia antecedentes e informe sobre el escrito de interposición de recurso administrativo recibido con fecha 17 de marzo de 2015 por parte de la empresa CEMENTOS MOLINS INDUSTRIAL, S.A. contra el acuerdo de aceptación parcial de confidencialidad, de fecha 4 de marzo de 2015.

A la vista de lo anterior, y teniendo en cuenta la garantía en todo momento de defensa de los intereses de la empresa, se considera pertinente suspender el plazo máximo de resolución del procedimiento haciendo uso de la potestad prevista en el artículo 37.1.d) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, desde el día 25 de marzo de 2015, hasta la fecha de resolución del recurso por el Consejo de la CNMC, según lo establecido en el artículo 12 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero.

De conformidad con el artículo 37 de la LDC debe tenerse en cuenta que la suspensión de los plazos máximos de resolución no suspenderá necesariamente la tramitación del procedimiento.

Notifíquese este acuerdo a los interesados".

En ese caso esta Sala declara que el citado acuerdo de suspensión está suficientemente motivado por cuanto recoge cuales han sido las razones que han justificado su adopción y, además, no ha sido una suspensión caprichosa o arbitraria ya que se apoya en el artículo 37.1.d) de la LDC en el que se indica que se suspenderán los plazos máximos previstos legalmente para resolver el procedimiento *"cuando se interponga el recurso administrativo previsto en el artículo 47 o se interponga recurso contencioso administrativo"*.

Idénticas consideraciones efectuamos en relación con el segundo acuerdo de suspensión de los plazos máximos previstos legalmente para resolver el procedimiento al indicarse en dicho acuerdo que: *"Siendo la información solicitada un elemento de juicio necesario para resolver el expediente de referencia, procede, conforme a lo dispuesto en el art. 37.1.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, suspender el plazo máximo para resolver hasta que transcurra el plazo concedido para la aportación de la referida información"*.

En este caso se requirió a las empresas investigadas para que aportaran sus volúmenes de negocios del año inmediatamente anterior al de la imposición de las sanciones. La CNMC necesitaba disponer del volumen de facturación del año inmediatamente anterior a la fecha de la resolución sancionadora para motivar la cuantía de la sanción, dado que el artículo 63.1.c) de la LDC establece como límite máximo de las sanciones que los órganos competentes pueden imponer a los agentes económicos, empresas y asociaciones *"el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior"*. Se trataba, por tanto, de una información relevante que resultaba necesaria para la imposición de la sanción, por lo que no podía considerarse irrelevante.

El Tribunal Supremo en la reciente sentencia dictada en fecha 12 de noviembre de 2020, que reitera otra anterior de 6 de julio de 2020, ha indicado que el motivo de suspensión previsto en el artículo 37.1.a) de la LDC se puede utilizar tanto para reclamar documentos o actuaciones cuya necesidad se ha manifestado de forma inesperada y excepcional como para solicitar información que es necesaria antes de la finalización del plazo ordinario para resolver. La suspensión, según dicho precepto, sigue diciendo el Tribunal Supremo, procede cuando se precise la aportación de documentos y otros elementos de juicio que resulten *"necesarios"* para dictar la resolución oportuna.



En consecuencia, en virtud de todo lo expuesto debemos desestimar el motivo de impugnación examinado por cuanto las suspensiones cuestionadas están amparadas en el artículo 37 de la LDC y no se han adoptado con fines defraudatorios.

CUARTO.- Asimismo, la parte recurrente invoca la nulidad de las ordenes de investigación y, en consecuencia, la prueba en la que se basa la CNMC fue ilícitamente obtenida. Y ello básicamente por el carácter genérico de la orden de inspección.

Para que la orden de inspección pueda entenderse válida debe cumplir unos requisitos; así desde un punto de vista formal, deberá cumplir las exigencias recogidas en el artículo 13.3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, esto es: debe indicar 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 la misma. Y desde un punto de vista material deberá describir las características básicas de la infracción en cuestión identificando el mercado de referencia, los sectores afectados por la investigación y la naturaleza de las presuntas infracciones.

En definitiva, las empresas investigadas deben estar en posición de saber lo que se busca y los datos que deben ser verificados. Pero tampoco es exigible a la CNMC que deba trasladar al investigado todos los datos que están en su disposición, ni tampoco debe realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de informaciones que estén en su poder y planificar así su actuación.

Esta Sala concluye que la orden de investigación analizada cumple con las exigencias mencionadas y ello puede comprobarse haciendo una lectura en paralelo de la sentencia del Tribunal General de 26 de noviembre de 2014, Asunto T- 272/12, apartados 66 a 82, especialmente el 75, que precisa la información que debe transmitirse al sujeto inspeccionado para que la inspección deba reputarse válida.

En efecto, en la orden de investigación constan todas las indicaciones formales exigidas que permiten conocer lo que la CNMC buscaba y su fundamento. En particular, se indicó el objeto y la finalidad de la inspección (verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de la entidad que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistentes, en general, en acuerdos para el reparto de mercado, la fijación de precios, la fijación de condiciones comerciales, así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir a restringir la competencia en los mercados de cemento, hormigón y productos relacionados); además, se estableció una relación general de los documentos objeto de inspección (libros y otros documentos relativos a la actividad empresarial cualquiera que sea su soporte material); y a continuación se precisaron con más detalle los documentos y soportes que debían ser visionados en el contexto en el que se encuentran (registro de comunicaciones internas y externas, agendas físicas y electrónicas de los miembros de la empresa, archivos físicos e informáticos, ordenadores personales, libros de actas y documentos contractuales).

Por otra parte, no admitimos la alegación de indefinición de la orden de inspección que invoca la recurrente. Así la orden de inspección describe correctamente el mercado del producto afectado por la inspección - de cemento, hormigón y productos relacionados- y, por tanto, no incurre en generalidades pues permite conocer cuál era la finalidad de la investigación por cuanto las definiciones son precisas y suficientes. Asimismo, describe la naturaleza de las conductas presuntamente infractoras y sus características como prácticas anticompetitivas, consistentes en acuerdos para un posible intercambio de información, y/o prácticas concertadas de fijación de precios y/u otras condiciones comerciales, y un posible reparto de mercado. Son descripciones claras y suficientes en este estado inicial de la investigación. Además, la CNMC contaba con las actuaciones preliminares de verificación recabadas en el seno de la información reservada, por lo que no puede concluirse que la inspección tuviera un carácter aleatorio y que se practicara sin base alguna.

Por todo lo expuesto debemos desestimar este motivo del recurso.

QUINTO.- Corresponde ahora a esta Sala analizar si existe o no prueba que acredite la participación de la recurrente en las actuaciones que la CNMC ha calificado como infracción única y continuada como integrantes de un plan preconcebido organizado por las empresas hormigoneras dirigido a controlar el mercado del hormigón a través de actuaciones anticompetitivas tales como, el reparto de las obras, intercambios de información comercialmente sensible -clientes, costes, obras, precios y producción- y acuerdos de fijación de precios diferenciando por zonas geográficas en el mercado del hormigón lo que ha determinado la imputación de una infracción única y continuada a la mercantil recurrente en una de esas zonas; concretamente en la zona sur.



En el caso examinado, para analizar la existencia o no de prueba sobre la participación de la recurrente en las conductas colusorias imputadas, es imprescindible tener en cuenta la naturaleza de la infracción imputada y que ha sido una infracción única y continuada en el mercado del hormigón en la zona geográfica del sur. En esa zona geográfica del sur, la CNMC ha entendido que se ha cometido una infracción única y continuada por las empresas BETON CATALAN; VALDERRIBAS; ANDEMOSA; HORSEV; PREBRETONG; HISPALENSE; LEFLET; BETOLANIA; SURGYPS; POLICHI; PREMACONS; PRELHOR; UTRERA y CREA CONS, consistente en el intercambio de información comercialmente sensible, reparto de mercado y acuerdos de precios desde el año 2005 hasta el año 2014.

La CNMC ha entendido que todas las empresas imputadas en esa zona geográfica han participado en las conductas atribuibles a ese ámbito concreto y precisamente esa correlación entre todas las empresas intervinientes le ha permitido integrar todas esas conductas en la consideración de "infracción única y continuada de naturaleza compleja", al considerar que las conductas de todas las empresas imputadas se ejecutaban de manera simultánea o sucesiva como integrantes de un objetivo común. La CNMC alcanza esa conclusión tras analizar diversos documentos a los que se refiere en la resolución impugnada (correos electrónicos, hojas Excel, tablas, notas manuscritas y mensajes de WhatsApp) de los que concluye la participación de la recurrente en esas prácticas colusorias calificadas como infracción única y continuada.

Frente a ello la recurrente sostiene la deficiente justificación de la existencia de la infracción única y continuada porque considera que (i) muchos de los documentos en los que se ha apoyado la CNMC son inocuos desde el punto de vista de la competencia en cuanto que se han sacado de contexto expresiones que la CNMC ha calificado como de anticompetitivas; y (ii) otros documentos lo único que acreditan son las relaciones lícitas y contactos que se mantienen entre las empresas.

Para comprender lo que implica la imputación de una infracción única y continuada, debemos acudir a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 6 de diciembre de 2012, Asunto C- 441/11, apartado 41, en el que se indica: *"Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, actualmente 101.1 del TFUE, puede resultar no solo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir por sí mismos y aisladamente considerados una infracción de la citada disposición. Por ello, cuando las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto» debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto (sentencias Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, apartado 81, así como de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartado 258)".*

En este mismo sentido, el Tribunal General dispuso en su sentencia de 6 de febrero de 2014 (asunto T-27/10 AC- Treuhand AG, apartados 240 y 241) que no podía identificarse de forma genérica el concepto "objetivo único", que subyace en el plan conjunto de las empresas implicadas, con la simple distorsión de la competencia, pues ese es el presupuesto de la calificación de la práctica como anticompetitiva. Esa interpretación tendría como consecuencia, que varios comportamientos relativos a un sector económico, contrarios al artículo 81 CE, apartado 1, deberían calificarse sistemáticamente como elementos constitutivos de una infracción única (entre otras, la sentencia del Tribunal de 30 de noviembre de 2011, Quinn Barlo y otros/Comisión, T-208/06, Rec. p. II-7953, apartado 149, y la jurisprudencia citada).

Por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, para calificar diversos comportamientos anticompetitivos como infracción única y continuada es necesario que presenten un vínculo de complementariedad que contribuyen, mediante una interacción, a la realización de un objetivo conjunto con efectos contrarios a la competencia buscados por sus autores en el marco de un plan global del que tienen conocimiento (demostrado o presunto) todos los participantes de tal manera que, la empresa o bien sabía o bien debería saber que cuando participa en las practicas colusorias se integraba en el acuerdo único y se adhería al mismo. En este sentido, la idea de unicidad y la de continuidad de la infracción se deduce de aspectos tales como la unidad de objetivos comunes entre las conductas realizadas, la identidad de los productos y servicios afectados, la identidad de las empresas que han participado en la infracción, los métodos empleados o la coincidencia temporal de ambas conductas. Elementos que deben considerarse a la hora de valorar la existencia de una infracción única o de dos infracciones distintas o autónomas. La propia CNMC en la resolución impugnada refiere que: *"Los intercambios de información sensible aquí analizados, los acuerdos de fijación de precios y de reparto de mercado podrían perfectamente constituir infracciones independientes si se hubieran ejecutado de forma aislada por las empresas imputadas. En este sentido, el artículo 1 de la LDC incluye expresamente todas estas conductas entre las prácticas prohibidas. No obstante, esta posible tipificación como infracciones independientes no impide la integración de dichas conductas en cada una de las infracciones únicas*



y continuadas de naturaleza compleja definidas en la Propuesta de Resolución si las prácticas acreditadas se ejecutan de manera simultánea o sucesiva con otras posibles infracciones con las que comparten un objetivo común".

Como venimos diciendo, la infracción única y continuada implica la existencia de un plan preconcebido que supone la actuación concertada de varias empresas competidoras entre sí que adoptan acuerdos que no solo están prohibidos en el artículo 1 de la LDC, sino que, además, existe entre todas las conductas realizadas un vínculo de complementariedad que encajan dentro de un plan y objetivo común. Por ello, para poder calificar diversos comportamientos anticompetitivos como infracción única y continuada deben integrarse en un plan común que no puede consistir meramente en el objetivo de distorsionar la competencia, sino que debe ser más preciso ya que el objetivo de distorsionar la competencia es inherente a toda infracción de la LDC.

Asimismo, esa actuación conjunta que implica la existencia de un plan preconcebido para la adopción de acuerdos anticompetitivos exige conocimiento por parte de todos los implicados por cuanto se han beneficiado de ese plan común al conocer las estrategias de la competencia perjudicando por el contrario la competencia en ese mercado concreto. No obstante, esa actuación conjunta no implica la participación de todas las empresas en la adopción de todos los acuerdos colusorios, pero sí exige su conocimiento y consentimiento en cuanto ello permite a todas las empresas alcanzar un objetivo común en ese mercado y en esa zona geográfica.

En esta línea, esta misma Sección en la Sentencia dictada en fecha 29 de julio de 2014 (recurso nº 172/2013) ya decía:

"1º Así, en la sentencia de 6 de febrero de 2014, asunto T-27/10 AC- Treuhand AG, apartados 240 y 241, señala que no puede identificarse de forma genérica el concepto "objetivo único", que subyace en el plan conjunto de las empresas implicadas, con la simple distorsión de la competencia, pues ese es el presupuesto de la calificación de la práctica como anticompetitiva. Esa interpretación tendría como consecuencia, que varios comportamientos relativos a un sector económico, contrarios al artículo 81 CE, apartado 1, deberían calificarse sistemáticamente como elementos constitutivos de una infracción única (véase la sentencia del Tribunal de 30 de noviembre de 2011, Quinn Barlo y otros/Comisión, T- 208/06 , Rec. p. II-7953, apartado 149, y la jurisprudencia citada).

Por ello, debe siempre verificarse el grado de complementariedad de los distintos comportamientos que integran la infracción única.

A este respecto, habrá que tener en cuenta cualquier circunstancia que pueda demostrar o desmentir dicho vínculo, como el período de aplicación, el contenido (incluyendo los métodos empleados) y, correlativamente, el objetivo de los diversos comportamientos de que se trata (véase la sentencia Amann & Söhne y Cousin Filterie/ Comisión, antes citada, apartado 92, y la jurisprudencia citada).

2º La sentencia de 17 de mayo de 2013 Asunto T-147/09 Trelleborg Industrie, apartados 59 y ss, precisa que:

a) En el marco de una infracción que dura varios años, no impide la calificación de infracción única el hecho de que las distintas manifestaciones de los acuerdos se produzcan en períodos diferentes, siempre que pueda identificarse el elemento de unidad de actuación y finalidad.

b) De acuerdo con una práctica jurisprudencial constante se han identificado una serie de criterios que ayudan a calificar una infracción como única y continuada, a saber: la identidad de los objetivos de las prácticas consideradas, de los productos y servicios, de las empresas participantes, y de las formas de ejecución, pudiéndose tener en cuenta, además, la identidad de las personas físicas intervinientes por cuenta de las empresas implicadas y la identidad del ámbito de aplicación geográfico de las prácticas consideradas.

c) La Comisión puede, en consecuencia, presumir la permanencia de una empresa durante todo el período de duración del cártel, aunque no se haya acreditado la participación de la empresa en cuestión en fases concretas, siempre que concurren los elementos suficientes para acreditar la participación de la empresa en un plan conjunto, con una finalidad específica, que se prolonga en el tiempo. La consecuencia inmediata de ello, es que el "dies a quo" del plazo de prescripción, se computa a partir del cese de la última conducta".

Corresponde, por tanto, analizar la existencia de ese plan preconcebido, así como de la existencia de un plan conjunto integrador de las distintas conductas colusorias subyacentes toda vez que, la infracción imputada a la recurrente ha sido la de una infracción única y continuada en el mercado del hormigón en la zona geográfica del sur que analizamos. Es difícil en este caso, a diferencia de otros expedientes sancionadores de la CNMC, separar el análisis de la existencia de infracción única y continuada del análisis de la prueba sobre la participación de la recurrente en las conductas colusorias imputadas: acuerdos de reparto de mercado, acuerdos de fijación de precios e intercambio de información comercialmente sensible. Por ello debemos analizar si la CNMC ha acreditado la conducta imputada consistente en la existencia de una actuación



conjunta dirigida a un objetivo común adoptado por las empresas competidoras del mercado de hormigón en la zona sur que ha sido imputada por la CNMC a BETON CATALAN; VALDERRIBAS; ANDEMOSA; HORSEV; PREBRETONG; HISPALENSE; LEFLET; BETOLANIA; SURGYPS; POLICHI; PREMACONS; PRELHOR; UTRERA y CREAcons, consistente en el intercambio de información comercialmente sensible, reparto de mercado y acuerdo de precios desde el año 2005 hasta el año 2014.

La CNMC justifica en la resolución sancionadora la existencia de ese objetivo común que permite la calificación de infracción única y continuada señalando que: *"Ello es así, porque en cada ámbito geográfico delimitado en el presente expediente resulta evidente la correlación entre los sujetos intervinientes en las conductas investigadas, ya que todas las empresas imputadas en cada zona han participado en las conductas atribuibles a ese ámbito en concreto. Las empresas eran coincidentes en la zona correspondiente, y la naturaleza y contenido de los contactos perseguían la misma finalidad, esto es, fijar una estrategia común para repartirse el mercado del hormigón en cada zona. (...) Existe, además, una clara coincidencia de los periodos de participación de las empresas en sus respectivos mercados y zonas geográficas en el caso del mercado del hormigón. Si a todo lo anterior añadimos que todas las empresas identificadas como responsables en cada mercado y zona geográfica, en el caso del mercado del hormigón, participan en esa mismo mercado o ámbito geográfico y, por tanto, con claros intereses comunes, la conclusión no puede ser otra que la de considerar que se ha producido una actuación conjunta y coordinada entre las empresas, que debe tener la consideración de infracción única y continuada"*.

La Sala, sin embargo, como iremos relatando, no puede deducir de la resolución sancionadora ahora impugnada cual era el plan preconcebido, ni cual era la actuación conjunta ni cual era la estrategia común de todas las empresas imputadas en la zona geográfica del sur en relación con el mercado de hormigón que permita concluir la efectiva correlación entre todos los sujetos intervinientes en las conductas imputadas consistentes en reparto de mercado, intercambio de información comercialmente sensible y acuerdos de fijación de precios. La Sala alcanza esa conclusión una vez analizados los diversos indicios que han llevado a la CNMC a considerar que las conductas llevadas a cabo por la recurrente junto con otras empresas integraban una infracción única y continuada. Como ya decíamos en la sentencia de 9 de junio de 2016 (recurso nº 551/13) en este tipo de actuaciones es difícil encontrar pruebas directas que permitan acreditar tanto la participación de la recurrente en un plan común como la existencia de ese plan conjunto. Por ello para poder acreditar ambas situaciones debemos acudir a la prueba de indicios aceptada por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo, eso sí siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador y se encuentren en directa relación con las consecuencias que pretenden extraerse de los mismos. Hasta el punto de que para que la prueba de presunciones pueda desvirtuar la presunción de inocencia es necesario que los indicios no se basen en meras sospechas, rumores o conjeturas, sino en hechos plenamente acreditados y que entre los hechos base y aquel que se trata de acreditar exista un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano.

Pues bien, en el análisis de esos indicios concluimos que la CNMC no ha acreditado que las conductas imputadas se hayan realizado en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión. Al contrario, esta Sala entiende que la CNMC ha justificado de forma voluntarista y de forma artificiosa la existencia de ese plan concertado, que implica un vínculo de complementariedad entre todas las empresas imputadas, por cuanto se ha apoyado en expresiones llamativas recogidas en algunos documentos, (tales como "acuerdo entre caballeros", "mesa", "club", entre otras), en correos electrónicos (reparto, "participación en el mercado", precios, reuniones) o de otros documentos que, aisladamente pudieran calificarse quizás como de conductas colusorias, pero que, sin embargo, es difícil su integración en un plan común y conjunto de actuación de todas las empresas como así ha entendido la CNMC al integrar la actuación de todas las empresas imputadas en un mismo mercado y en una misma zona geográfica en una infracción única y continuada como veremos a continuación.

En la zona geográfica del sur, la CNMC construye la existencia del citado plan preconcebido, al igual que en la zona noreste, en el documento denominado PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE ACUERDO de 2001 (folio 2808 del expediente administrativo), encontrado en la sede de BETON CATALAN. Según la CNMC en dicho documento se habla de acuerdo entre caballeros en el que se pretende pactar la participación en el mercado de cada una de las empresas participantes. Y, a partir de dicho documento, la CNMC construye la existencia de un plan común que imputa a todas las empresas hormigoneras pertenecientes a la zona sur extrayendo de los documentos que figuran en el expediente expresiones tendentes a esa construcción, pero, a juicio de esta Sala, no consta, sin embargo, la acreditación de un elemento de cohesión o de vínculo de complementariedad entre las actuaciones llevadas a cabo por todas las empresas imputadas para que sea posible encuadrar esas conductas dentro de la consecución de un objetivo común del plan acordado por las empresas imputadas.



Es cierto que en el documento denominado PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL ACUERDO se habla de "acuerdo entre caballeros"; no obstante, es difícil admitir que ese documento implica la constatación de un plan común cuando se desconoce a quienes se está refiriendo porque se ignora quienes eran y quienes, en su caso, realizaron el citado documento lo cual impide que pueda considerarse como acuerdo formal entre las empresas competidoras para participar en un plan común y anticompetitivo. Por otra parte, tampoco permite demostrar la existencia del citado vínculo de complementariedad la conexión que pretende crear la CNMC entre las conductas de las empresas imputadas apoyándose en que aparecen algunas veces mencionadas en correos o en tablas o en cuadros Excel pero sin tener en cuenta que en numerosas ocasiones se trataba de menciones efectuadas por terceros en correos internos de alguna de las empresas imputadas o en correos electrónicos enviados entre dos empresas pero no hay ninguna acreditación de que las empresas mencionadas en ellos tuvieran conocimiento de los mismos ni mucho menos del contenido de esos correos porque no figuran como destinatarios ni como remitentes por lo que es difícil poder admitir que todas las empresas implicadas en esos correos estuvieran unidas en sus actuaciones por un vínculo de complementariedad dirigidos a un objetivo común ya que aunque es válida la prueba testifical de referencia debe ser corroborada por datos objetivos coincidentes con lo que en aquellos se declara.

Por otra parte, la CNMC en la construcción de la infracción única y continuada destaca también la existencia de tablas o de cuadros Excel como prueba de ese plan común que justifica la implicación de todas las empresas imputadas. Tablas y hojas de cálculo Excel en las que, según entiende la CNMC, se advierte como las empresas de común acuerdo se asignaban a los clientes para el suministro del hormigón al figurar en esos documentos los repartos de obras, las zonas, las producciones y los clientes. La CNMC entiende que el contenido de dichas tablas permite acreditar el reparto del mercado porque: *"La estimación hecha para cada competidor y expresada en metros cúbicos, destaca por su exactitud y por su seguimiento con un acumulado del mes anterior y un acumulado actual, tanto en cantidad de metros cúbicos como en porcentaje, lo que se explicaría por tratarse de seguimientos constantes sobre el reparto de mercado verificando la posición de los competidores"*. Además, la CNMC de esas tablas deduce que ha existido intercambio de información en relación con los datos de producción y con los clientes al destacar la exactitud de los datos que figuran en las citadas tablas y hojas de cálculo Excel.

Nuevamente, esta Sala rechaza la valoración que de las tablas ha efectuado la CNMC como elemento integrante del plan común propio de la infracción única y continuada. Esta Sala no comparte la conclusión obtenida por la CNMC para justificar la existencia de ese plan concertado que implica la imputación de una infracción única y continuada en el mercado de hormigón. Y ello por las siguientes razones: (i) no hay constancia de que las empresas incluidas en esas tablas conocieran su existencia ni mucho menos hay constancia de que conocieran su contenido pues no consta que las empresas señaladas en dichas tablas participaran en ninguna reunión, ni tampoco figuran como emisoras ni receptoras de ningún correo electrónico con las empresas competidoras que pudiera permitir hablar de la existencia de ese plan común; (ii) no consta como se han elaborado dichas tablas ni quien ha proporcionado esos datos de producción de hormigón que, además, es difícil pensar que coinciden con las cifras reales de producción cuando se indica en las tablas que son estimaciones y, además, son cifras que coinciden siempre con cantidades exactas de m³ lo cual hace dudar de que efectivamente sean datos reales de producción entregados por las empresas como ejecución de ese plan común o, en su caso, el dato real de producción no se ha comprobado por la CNMC.

Pues bien, como ya hemos referido anteriormente, no podemos aceptar como prueba de la existencia de un plan común propio de una infracción única y continuada los indicios que han llevado a la CNMC a esa conclusión. Al contrario, entendemos que no se ha constatado por la CNMC que las empresas imputadas en la zona geográfica del sur actuaran en ejecución de un plan concertado y de un plan conjunto de actuación conjunta porque la CNMC se ha limitado a describir documentos de forma cronológica sin que se siga una explicación de su vinculación con el plan común que implica la infracción única imputada.

Por tanto, la CNMC no ha acreditado la existencia de la infracción única y continuada imputada a la recurrente en el mercado del hormigón en la zona geográfica del sur toda vez que no ha quedado acreditada la existencia de un plan común al que interactúan todas las actuaciones realizadas por las empresas del mercado afectado. No hay ninguna constancia de la efectiva celebración de ninguna reunión a que se refieren algunos de los mensajes de WhatsApp, ni de acuerdos previos adoptados entre las sancionadas para fijar precios, repartirse el mercado o intercambiar información conforme a un supuesto acuerdo previo común. Tampoco ha quedado acreditado quien confeccionaba las tablas Excel a las que se refiere la resolución recurrida como elemento acreditativo de dicho plan preconcebido, ni quien suministraba la información que en ellas se refleja. Tampoco se ha argumentado de forma sólida y fundamentada quien y con qué criterios se realizaba los presuntos repartos del mercado.



Así las cosas, debemos concluir que, en el caso examinado, la CNMC ha efectuado una construcción artificiosa y voluntarista de los datos obtenidos en las inspecciones realizadas para concluir que las empresas sancionadas actuaron conforme un plan preconcebido común que, en esencia, consistía en el intercambio de información sensible para conseguir el reparto del mercado del hormigón y en acuerdos sobre precios sin apoyo en pruebas sólidas y debidamente argumentadas que lo corroboren.

Por tanto, nos encontramos con que la CNMC ha imputado a la recurrente la comisión de una infracción única y continuada sin que conste en la resolución sancionadora una acreditación del plan común llevado a cabo por todas las empresas imputadas en la misma zona geográfica que implica que todos los comportamientos presentan un vínculo de complementariedad en el marco de un plan global encaminado a un objetivo único que, como ya hemos expuesto, constituye presupuesto imprescindible para la imputación de una infracción única y continuada.

Y ello nos lleva a declarar la nulidad de la resolución impugnada en relación a la infracción imputada a la recurrente con la consiguiente estimación del presente recurso contencioso administrativo.

SEXTO.- Toda vez que se ha estimado el presente recurso contencioso administrativo ello implica que se imponen a la Administración demandada las costas procesales causadas en esta instancia tal como dispone el artículo 139.1 de la LJCA en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre.

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

FALLAMOS

ESTIMAR el recurso contencioso administrativo nº 477/2016, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Rodrigo Pascual Peña, en nombre y en representación de la entidad mercantil SURGYPS, S.A., contra la Resolución dictada en fecha 5 de septiembre de 2016 por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia en el expediente sancionador S/DC/0525/14, CEMENTOS, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 7.579 euros por la comisión de una infracción única y continuada consistente en el intercambio de información comercialmente sensible y reparto de mercado durante el año 2010 y desde 2012 a 2014 en la zona geográfica sur en el mercado del producto de hormigón y, en consecuencia, se anula dicha resolución en lo que afecta al recurrente por ser contraria al ordenamiento jurídico.

Se imponen a la Administración demandada las costas procesales causadas en esta instancia.

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.

Así, lo mandamos, pronunciamos y firmamos.