



Roj: **SAN 4172/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:4172**

Id Cendoj: **28079230062020100381**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **21/12/2020**

Nº de Recurso: **497/2016**

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: 0000497 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05813/2016

Demandante: HORMIGONES PREMACONS, S.L.

Procurador: D. LUCIANO ROSCH NADAL

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

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 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. **497/2016**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Luciano Rosch Nadal, en nombre y en representación de la entidad mercantil **HORMIGONES PREMACONS, S.L.**, 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 141.425 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 de esta Sala que dicte sentencia por la que se acuerde la nulidad de la resolución sancionadora.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dicte sentencia por la que se confirme el acto recurrido 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 4 de noviembre 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, HORMIGONES PREMACONS, S.L., 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 141.425 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 el año 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:

15. HORMIGONES PREMACONS, S.L. por participar en un intercambio de información comercial sensible y reparto en el mercado del hormigón en la Zona Sur. La responsabilidad de esta infracción se traslada a la sociedad que sucedió a la infractora en su actividad, que es ALMACENES Y HORMIGONES CREACONS, S.L.

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

15. HORMIGONES PREMACONS, S.L.: 141.425 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 considerado 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 MAHORSA, 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 HORMIGONES PREMACONS, S.L. se le describe en la resolución impugnada como una empresa hormigonera con sede en La Algaba (Sevilla) y añade que cesó en su actividad empresarial el 31 de diciembre de 2013 y que a partir de esa fecha CREA CONS sucedió a PREMACONS en su actividad. Y se le ha imputado una infracción única y continuada por su actuación anticompetitiva durante el año 2010 y desde el año 2012 al 2014 en el mercado del hormigón y en la zona geográfica sur.

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

1. Sostiene que desde el 1 de enero de 2014 la empresa recurrente ha dejado de tener actividad sucediéndole en su actividad mercantil la empresa CREA CONS y ello afecta a la exigencia de responsabilidad a PREMACONS así como a la determinación del importe de la multa impuesta a PREMACONS ya que la CNMC, como la recurrente estaba inactiva en el mercado en el año 2015 - periodo que se ha tenido en cuenta por la CNMC para la determinación del importe de la sanción-, ha acudido al volumen de negocios que tenía la empresa sucesora CREA CONS en el año 2015 para fijar así el importe de la multa a la mercantil PREMACONS, ahora recurrente.
2. Vulneración del principio acusatorio por cuanto en el PCH se han calificado los hechos como una infracción única y continuada mientras que, en la resolución sancionadora se han calificado los mismos hechos como cuatro infracciones únicas y continuadas diferenciando el mercado del producto afectado, así como la zona geográfica afectada.
3. Vulneración del artículo 4.3 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, por cuanto no se ha incorporado a la resolución sancionadora el voto particular formulada por un consejero.
4. Vulneración del derecho a la presunción de inocencia.
5. La Resolución impugnada no cumple los criterios legales exigidos en la LDC en cuanto a la determinación del importe de la multa por cuanto ha realizado los cálculos atendiendo al volumen de negocios que la empresa CREA CONS tenía en el año 2015- es la empresa que le sucede en fecha 1.1.2014- toda vez que la recurrente carecía de volumen de negocios en ese periodo -2015- debido a que por la sucesión de empresas dejó de tener actividad económica.

TERCERO.- Vistas las alegaciones formuladas por la recurrente, esta Sala entiende que debemos iniciar el análisis en relación con la posibilidad de exigir responsabilidad a la mercantil recurrente PREMACONS por los hechos imputados en la resolución sancionadora cuando habido cesado en su actividad económica en

fecha 31-12-2013, a partir de la cual le sucedió la empresa CREAcons que también ha sido sancionada en este proceso.

Es un hecho incontrovertido por las partes en este proceso que efectivamente en fecha 1 de enero de 2014 la mercantil CREAcons sucedió a la mercantil PREMAcons en su actividad económica. Y, sin embargo, la resolución sancionadora imputa responsabilidad tanto a PREMAcons como a CREAcons, a esta última por participar en un intercambio de información y reparto de mercado en el mercado de hormigón zona sur de España en los años 2013 y 2014. Y a PREMAcons la resolución sancionadora le imputa una infracción única y continuada de intercambio de información y de reparto de mercado en el año 2010 y en los años 2012 a 2014 en el mercado de hormigón en la zona geográfica sur de España refiriendo de forma expresa que: *"La responsabilidad de esta infracción se traslada a la sociedad que sucedió a la infractora en su actividad, que es ALMACENES Y HORMIGONES CREAcons, S.L."*. Y se le ha impuesto la multa por importe de 141.425 euros teniendo como referencia el volumen de negocios que en el año 2015 tenía la empresa que le sucede, CREAcons, toda que PREMAcons carecía de volumen de negocios en ese año dada su inactividad económica en virtud de la sucesión de empresas que tuvo lugar en fecha 1.1.2014.

Lo expuesto reconduce el debate al análisis de la exigencia de responsabilidad sancionadora en los casos de sucesión de empresas, como ha sido el caso.

La jurisprudencia del TJUE que ha analizado esta cuestión acude al concepto de "continuidad económica" que esta Sala ya ha apreciado, entre otras ocasiones, como se aprecia en la sentencia dictada en fecha 6 de febrero de 2017 (recurso nº 81/2013), así como por el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 16 de diciembre de 2015 que estima el recurso de casación nº 1973/2014 Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, 16-12- 2015 (rec. 1973/2014) interpuesto por el Abogado del Estado frente a la sentencia de 15 de abril de 2014 (recurso nº 572/2010) dictada por esta misma Sección Sexta. El concepto de "continuidad económica" implica que la empresa que sucede económicamente a otra es también responsable de los hechos realizados con anterioridad por la empresa a quien sucede. En definitiva, lo que se quiere evitar es que por el mecanismo de la sucesión de empresas queden impunes actuaciones anticompetitivas llevadas a cabo por una empresa que deja de tener actividad económica en el mercado al haber sido adquirida por una tercera ya que no se puede sancionar a una empresa que ya no existe como tal y esta inactiva en el mercado.

Y en el supuesto de transmisión de activos implicados en una infracción de competencia, el principio de continuidad económica rige, tal y como reconoce de forma constante la Jurisprudencia comunitaria, cuando no existe ninguna persona jurídica a la que se pueda atribuir la responsabilidad por la infracción en la que han estado involucrados los activos transferidos, ya sea porque la antigua propietaria haya dejado de existir legalmente (asuntos C-40/73, Suiker Unie; C-49/92 P ANIC; C 29/83, Compagnie Royale Asturienne des Mines, SA; Asunto T-348/08, Aragonesas Industrias y Energy, SAU v Commission, y T-349/08 , Uralita SA v Commission) o, de facto, porque sea material y objetivamente imposible reclamarle la multa (T-134/94 , NMH Stahlwerke GmbH -la empresa estaba en liquidación) o porque, por ejemplo, no desarrolla actividades económicas C-280/06 Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato v. ETI).

En definitiva, la continuidad funcional y económica entre el infractor y el sucesor económico exigible por la jurisprudencia, (T-349/08 , Uralita SA v Commission, C-280/06 Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato v. ETI, ArcerolMittal, Sentencia de 31 de marzo de 2009, Asunto T-405/06 y C-40/73 , Suiker Unie) concurre en este caso, por lo que debió, en su caso, exigirse a CREAcons responsabilidad en relación con los hechos imputados como actuaciones colusorias cometidos por PREMAcons antes de su sucesión. Y la sanción en su caso debería imponerse también a la empresa sucesora porque existía continuidad económica entre ambas empresas.

El principio de continuidad económica justifica la imposición de la sanción de multa a la empresa sucesora por los hechos realizados con anterioridad a la sucesión empresarial por parte de la empresa que sucede, pero para ello es necesario que así se recoja en el acuerdo de acusación para poder ejercer el derecho de defensa respecto de los hechos realizados por la anterior empresa. Sin embargo, esa no ha sido la actuación de la CNMC en la resolución sancionadora que revisamos ya que ha entendido que PREMAcons responde de los hechos imputados sin perjuicio de que de la sanción de multa impuesta por importe de 141.425 euros responda la empresa sucesora, CREAcons. Multa que, por cierto, se ha calculado atendiendo al volumen de negocios que la empresa CREAcons tenía en el año 2015 pues en la resolución sancionadora se ha indicado que la empresa PREMAcons no tenía actividad económica en ese ejercicio y, por tanto, no tenía volumen de negocios que permitiera el cálculo del importe de la sanción de multa.

En consecuencia, aplicando el citado principio de continuidad económica, debería considerarse a CREAcons responsable, en su caso, de los hechos que se imputan a PREMAcons, en su condición de sucesora.

Y como ese no ha sido el criterio seguido por la CNMC en la resolución sancionadora, esta Sala acuerda la estimación del recurso planteado por la recurrente.

CUARTO.- 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 **497/2016**, promovido por el Procurador de los Tribunales D. Luciano Rosch Nadal, en nombre y en representación de la entidad mercantil **HORMIGONES PREMACONS, S.L.**, 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 141.425 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 a la 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.