



Roj: **SAN 4277/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:4277**

Id Cendoj: **28079230062020100425**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **22/12/2020**

Nº de Recurso: **513/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000513 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05890/2016

Demandante: PROMOTORA MEDITERRÁNEA-2, S.A., (PROMSA)

Procurador: D^a ROSA SORRIBES CALLE

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

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 veintidos de diciembre de dos mil veinte.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 513/16, promovido por la Procuradora D^a Rosa Sorribes Calle en nombre y representación de **PROMOTORA MEDITERRÁNEA-2, S.A., (PROMSA)** contra la resolución de 5 de septiembre de 2016, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 2.351.398 euros. 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 se dicte sentencia por la cual se estime el recurso declarando "... declare nula la precitada Resolución mediante la

cual se impone a PROMSA una sanción consistente en multa por importe de dos millones trescientos cincuenta y un mil trescientos noventa y ocho euros (2.351.398 €) o, subsidiariamente, anule esta última".

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmasen los actos recurridos en todos sus extremos.

TERCERO.- Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del día 28 de octubre de 2020, en que tuvo lugar.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. **Francisco de la Peña Elías**, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de este proceso impugna la entidad actora la resolución de 5 de septiembre de 2016, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 2.351.398 de euros por la comisión de una infracción prevista en el artículo 1 de la 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente NUM000 CEMENTOS, era del siguiente tenor literal:

"PRIMERO. Declarar que en el presente expediente se han acreditado cuatro infracciones del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, 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 la citada infracción a las siguientes empresas:

(...)

22. PROMOTORA MEDITERRANEA 2, 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:

(...)

22. PROMOTORA MEDITERRÁNEA 2, S.A.: 2.351.398 €.

(...)

CUARTO.- 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".

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

1) La Dirección de Investigación de la entonces Comisión Nacional de la Competencia acordó iniciar una información reservada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la LDC, y ello después de acceder a determinada información relacionada con posibles prácticas anticompetitivas en los mercados del cemento, hormigón y productos relacionados.

2) Los días 16 a 18 de septiembre de 2013 se llevaron a cabo inspecciones en locales y oficinas de la Asociación Nacional Española de Fabricantes Hormigón Preparado (ANEFHOP) y de las sociedades CEMENTOS PORTLAND VALDERRIVAS, S.A., CEMENTOS MOLINS INDUSTRIAL, S.A., BETÓN CATALÁN, S.A. y CEMEX ESPAÑA OPERACIONES, S.L.U.

3) Sobre la base de la información recaba como consecuencia de todas estas actuaciones, y al considerar la Dirección de Competencia que de ella se seguía la existencia de indicios racionales de conducta prohibida por la LDC, acordó el 22 de diciembre de 2014 la incoación del expediente sancionador NUM000 por conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC en los mercados del cemento, hormigón y productos relacionados, consistentes en posibles acuerdos o prácticas concertadas de fijación de precios u otras condiciones comerciales, intercambios de información, así como reparto de mercado. Las diez empresas cementeras y hormigoneras inicialmente incoadas fueron: 1) Betón Catalán S.A., 2) Cementos Molins Industrial S.A. (CMI), 3) Promotora Mediterránea 2 S.A. (PROMSA), 4) Hanson Hispania, S.A. (HANSON), 5) Cemex España Operaciones, S.L.U., 6) Tenesiver S.L., 7) Comercial Arroyo Construcción S.A., 8) Hormigones Giral S.A., 9)

Cementos Portland Valderrivas, S.A., y 10) Cementos Lemona, S.A, procediéndose a notificar el acuerdo de incoación a las diez interesadas en la misma fecha de 22 de diciembre de 2014.

4) Tras los trámites que igualmente constan en el expediente administrativo, y a la vista de la información acopiada en el mismo, con fecha 7 de abril de 2015 la Dirección de Competencia acordó la ampliación de la incoación del expediente sancionador por conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC contra cuatro empresas más: 1) MATERIALES Y HORMIGONES, S.L., 2) LAFARGE CEMENTOS, S.A., 3) HOLCIM ESPAÑA, S.A. y 4) HORMIBUSA, S.L. Y, con fecha 25 de septiembre de 2015, dispuso un nueva ampliación del expediente incorporando otras catorce empresas incoadas: 1) CEMINTER HISPANIA, S.A., 2) ARIDOS Y HORMIGONES HISPALENSE, S.L., 3) BETONALIA, S.L., 4) ANDALUZA DE MORTEROS, S.A. (ANDEMOSA), 5) HORMIGONES DE SEVILLA, S.L. (HORSEV), 6) ALMACENES Y HORMIGONES CREAcons, S.L., 7) HORMIGONES PREMAcons, S.L., 8) PREFABRICADOS LEFLET, S.L., 9) PREFABRICADOS LIGEROS DE HORMIGON, S.L. (PRELHOR), 10) HORMIGONES UTRERA, S.L., 11) HORMIGONES POLICHI, S.L., 12) SURGYPS, S.A., 13) CEMENTOS PORTLAND VALDERRIVAS, S.A. y 14) PREBETONG HORMIGONES, S.A.

5) El 18 de noviembre de 2015 la DC, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, formuló pliego de concreción de hechos del que se dio oportuno traslado a las empresas incoadas, quienes formularon frente al mismo las alegaciones que tuvieron por conveniente.

6) Acordado el cierre de la fase de instrucción el 22 de febrero de 2016, el día 8 de marzo siguiente la DC, de acuerdo con lo previsto en el artículo 50.4 de la LDC, emitió propuesta de resolución.

7) Presentadas alegaciones, el 4 de abril de 2016 la Dirección de Competencia elevó al Consejo de la CNMC informe y propuesta de resolución conforme a lo prevenido en el artículo 50.5 de la LDC.

8) Con fecha 20 de junio siguiente la Sala de Competencia dirigió a las empresas incoadas requerimiento de información acerca del volumen de negocios total en 2015.

9) Cumplimentado dicho requerimiento, finalmente, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó el asunto en su reunión de 5 de septiembre de 2015 y dictó con esa misma fecha la resolución que ahora se recurre.

SEGUNDO.- En el relato de hechos acreditados la resolución recurrida describe a la entidad actora, PROMOTORA MEDITERRÁNEA 2, S.A. ("PROMSA") como una empresa dedicada a la fabricación, comercialización y distribución de hormigón, árido y mortero en Cataluña y otras partes del territorio nacional, que forma parte del Grupo Molins y comparte su sede social con MOLINS. Indica que su objeto social es la industria, comercio y transporte del hormigón, de los áridos y de los prefabricados y derivados del cemento en general; así como la gestión, tratamiento y valorización de residuos en general. Señala que cuenta con más de 400 empleados y, según los datos aportados al expediente, su volumen de negocios en los últimos años fue de 35.000.000 de euros en 2013 y de 44.366.000 en 2015, sin que consten datos de 2014.

La resolución analiza la caracterización de los mercados afectados partiendo del marco regulatorio, y se refiere al mercado de producto que identifica, en el caso de la actora, con el mercado del hormigón, del cual destaca el hecho de que las emmpresas suministradoras de hormigón son muy dependientes de los proveedores de materias primas, por lo que existe en estos mercados una intensa integración vertical.

En cuanto al mercado geográfico, pone de relieve que está fuertemente influido por las características del propio producto dada la importancia de la rentabilidad del transporte y la durabilidad de cemento y hormigón lo que influye en el alcance geográfico de estos mercados, cuyas dimensiones se condicionan por la situación de las plantas productoras y el lugar donde ha de ser servido el producto.

Advierte que, en este caso, el mercado afectado es el nacional al estar implicadas empresas que desarrollan su actividad "... en ámbitos supraautonómicos, existiendo una gran interdependencia entre los mercados de producto con alcances geográficos distintos, y replicándose las prácticas anticompetitivas en varias zonas".

Al abordar las conductas investigadas para construir el relato de hechos probados que justifican la imputación, la resolución impugnada refiere que tales hechos se fundan en la información obtenida en las inspecciones que llevó a cabo los días 16 y 17 de septiembre de 2014 en los locales y oficinas de la asociación ANEFHOP y de las sociedades VALDERRIVAS, MOLINS, BETÓN y CEMEX y los días 27 y 28 de mayo de 2015 en las sedes de CREAcons, VALDERRIVAS, HORSEV y BETONALIA, además de en el resto del material probatorio acopiado durante la instrucción del expediente.

Asimismo, señala que la Dirección de Competencia dividió el examen de los hechos acreditados en razón, en primer lugar, al mercado de producto, cemento u hormigón; y, además, en atención al mercado geográfico, separándolo por zonas entre las que distingue la noreste, centro y sur.

Ciñéndonos ya a la empresa ahora recurrente, PROMSA, la imputación se refiere a su actuación en el mercado del hormigón, zona noreste, y la conducta que se le atribuye es haber participado en un intercambio de información sensible, reparto de mercado y acuerdo de precios.

La resolución relaciona y describe los hechos incriminatorios, y la prueba que los sustenta, a lo largo de diferentes años del período por el cual se habrían extendido las conductas anticompetitivas, período que comprendería, en el caso de la zona noreste, desde 1999 hasta 2014.

Así, y respecto de PROMSA, las menciones a su intervención pueden resumirse, siguiendo la sistemática de la resolución sancionadora, de este modo:

Año 1999: Tabla titulada "PRESUPUESTOS DE BARCELONA", fechada el 19 de octubre de 2000, en la que se puede leer "ORIGEN: 22 DE JUNIO DE 1999" y en la que se incluye un cuadro de reparto de producciones entre CEMEX, Readymix Asland (anterior denominación de LAFARGE), Hormigones Uniland (absorbida finalmente por VALDERRIVAS), Pioneer Concrete Hispania (antigua denominación de HANSON), PROMSA y BETÓN CATALÁN, y otras no identificadas como se describe en el PCH. En dicha tabla constan una serie de cifras agrupadas en cuatro columnas, cada una de las cuales suma un total de "100", lo que evidencia que se trata de porcentajes. Asimismo, en el punto 2º del texto que aparece al final de la tabla, se puede leer "SE REPARTE RXA ENTRE TODAS LAS EMPRESAS, DESDE AR. HACIA ARRIBA; AR. PASA A GRUPO UNILAND, y en el punto 3º del mismo "FORB. PASA A UNILAND (SE INTEGRA EN UNILAND)", circunstancias que el órgano instructor considera muestras del reparto existente (párrafo 260 del PCH).

Año 2001: "... documentación recabada en la sede de BETÓN CATALÁN la DC describe en los párrafos (114) a (125) del PCH una serie de informes, tablas, notas manuscritas y faxes, referidos al año 2001 y relacionados entre sí, localizados en el despacho de D. XXX, (responsable de la Zona de Barcelona de dicha empresa), que prueban el funcionamiento del acuerdo de reparto de mercado. En concreto el documento "PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL ACUERDO" (folio 2808) describe la articulación del acuerdo del reparto de mercado en el que se indica que se trata de un "ACUERDO DE CABALLEROS" en los siguientes términos: (...)"

Se refiere también en ese año al documento obrante al folio 2089 del expediente "INFORME AL SR. XXX", en el que se reflejaría la pérdida de confianza entre las empresas respecto del reparto de mercado acordado en el documento antes citado y la identidad de algunas de las empresas intervinientes, entre ellas PROMSA. Transcribe literalmente parte de dicho documento, y en el que se alude de manera expresa la entidad actora:

"Tema: Pérdida paulatina de confianza entre los Jefes de Zona que asisten al reparto en presencia del Sr. XXX. CAUSAS QUE LO ORIGINAN: Hay empresas con las que la relación de confianza es muy correcta, pero sus Directores hacen gestiones con sus amigos-clientes, clientes-amigos y/o conocidos y adquieren compromisos que no comentan con sus Jefes de Zona hasta que tienen "matadas" las obras. (Sr. XXX de Promsa) Hay empresas en que el comercial "va por libre" con la autorización de su Director y los jefes de Zona deben de hacer "apaños" para que no trasciendan. (Sr. XXX de Promsa)..."

Alude en el relato de hechos probados, y respecto de este año 2001 a "... una tabla denominada "CLIENTES ADICTOS AREA METROPOLITANA", en la que se incluyen seis columnas. La primera relaciona los clientes, y de la segunda a la sexta contienen las siguientes siglas y nombres: "HCX", "PROMSA", "UNILAND", "BETON" y "PIO" (folios 2815-2820)". También a "Una tabla a cinco columnas (folio 2811), fechada el 16 de mayo de 2001, con los distintos porcentajes que se asignan a cada una de las empresas, según se produce la integración y exclusión de determinadas empresas en el reparto".

Menciona asimismo "Otras notas manuscritas (folio 2872), fechadas también el 30 de mayo de 2001 pero enviadas realmente vía fax el 11 de junio de 2001, con el siguiente contenido: "OBRA: Lateral Ronda Litoral Tramo Prim-Taulot. El Pasado 06.06 PROMSA reoferta en esta obra a: HA 25.20 B a 7050 pta/m3 (...) han suministrado 2 viajes de hormigón. Cuando había comentado su oferta a 7.450 el pasado 05/06/01 y el cliente dice que era a 7200 pts/m3"; también "Un fax enviado el 22 de octubre de 2001 (folios 2845 y 2846), encabezado con "ZONA BARCELONA" INCIDENCIAS CON PROMSA (HA25.20.B II)" en el que se puede leer lo siguiente: "(...) clientes más o menos adictos que no compran a precios de acuerdo" (...) "Obras en las que bajamos el precio por culpa de PROMSA" (...) "Obras contratadas por PROMSA a precio bajo" "obras adjudicadas y/o comenzadas por PROMSA con precios < a 7.500"; otro "... en el que se remiten distintos listados (muchos de ellos tomados a mano sobre hojas de un bloc de notas de una cadena hotelera) de "clientes adictos, afines y compartidos". Al lado de alguno de ellos, aparecen las siguientes anotaciones: PIONEER, CX, PROMSA, UNI, BC, BENEMA, F TERRASA (folios 2831 a 2843). El órgano instructor considera especialmente descriptivas las anotaciones manuscritas incluidas en el folio 2843". fax enviado el 8 de junio de 2001

Año 2003: Alude a un archivo recabado en la sede de BETÓN CATALÁN, denominado "Notas.xls" y fechado el 20 de febrero de 2003, que contiene en una de sus hojas de cálculo, un texto dirigido al Sr XXX, Director General

de Betón, y con copia al Sr. XXX, en el que se refiere una conversación con el Sr. XXX, empleado de PROMSA, con la siguiente información en traducción realizada por el instructor al español desde el original en catalán (folio 2957): *"Me acaba de llamar el Sr XXX para transmitirme que le ha llamado el Sr Alexis para decirle que XXX es de UNI, desde hoy, y que por tanto, le añada el cupo correspondiente: 0,71.-"*

Año 2005: Menciona un correo electrónico de 12 de agosto de 2005 cuyo asunto es "RE: PRODUCCIONES UTE BCN SUD", obrante al folio 4008), y que fue remitido por un empleado de UNILAND a dos empleados de HANSON y con copia a diversas personas de MOLINS, BETON CATALÁN, UNILAND y PROMSA, en el que se lee: *"Como es posible que Hanson lleve más producción que UNILAND, después de la última reunión del comité de gerencia, en el cual se dieron instrucciones concretas ¿?"*. Cita otro correo de 29 de agosto de 2005, folio 4009, que es nuevamente remitido por UNILAND a HANSON, con copia a MOLINS, BETON CATALÁN, UNILAND y PROMSA, donde se dice que *"No entiendo como habiendo dado instrucciones claras de que la producción del mes de Agosto la tenía que hacer PROMSA y UNILAND, como es posible que Hanson lleve 2,700 m3 suministrados, correspondiendo al 27% de la producción del mes"*.

Año 2006: La resolución alude a diversas cartas de comunicación de aumento de precios enviadas por competidores de BETÓN CATALÁN entre el 16 de octubre y el 14 de diciembre de 2006 en las que no se especifica destinatario. Entre ellas se refiere a la carta de 10 de noviembre de 2006 de subida de precios del hormigón a partir del 1 de enero de 2007 (7€) por parte de PROMSA, obrante al folio 2789 del expediente.

Año 2007: Cita una nueva carta análoga fechada el 16 de enero de 2007 de subida de precios del hormigón a partir del 1 de enero de 2007 para una obra concreta por parte de PROMSA, folio 2790.

Año 2008: En relación a la mercantil actora, señala la resolución que el 16 de mayo de 2008, *"... D. XXX, empleado de PROMSA, escribió un correo electrónico de respuesta a D. XXX, Responsable de la Zona de Barcelona de BETÓN CATALÁN, adjuntándole una tarifa de precios de PROMSA que le había pedido éste último en un correo anterior y que lleva el título de "PROMSA_TARIFA DE PREUS DE FORMIGO SEGONS INSTRUCCIO E.H.E.-CATALUNYA ANY 2008" (folios 2035 y 2036)"*.

También alude a que *"El 30 de agosto de 2008 en un correo interno de BETÓN CATALÁN, cuyo asunto es "CONTRATO AVE SAN JOSE", se hace mención a una reunión entre esta empresa, PROMSA y LAFARGE en estos términos: "El próximo jueves a las 12,00 nos reuniremos PROMSA, LAFARGE y BETON previamente antes de entrar en las oficinas para reclamar que el contrato de LAFARGE sea igual que los de BETON y PROMSA. O sea, colaboramos por LAFARGE." (folio 2037).*

Año 2009. La resolución recurrida se refiere al contenido de un correo interno de BETÓN CATALÁN de fecha 14 de agosto de 2009, en el que un empleado de esta empresa informa de gestiones realizadas en relación a una obra denominada "Europea-2001" y dice: *"LUNES 03/089,50 h, Hablado con el Sr. XXX de PROMSA [otro nº teléfono móvil] Me ha venido a decir que menos mal que pasó precios hace dos meses 62 ó 63/ m3, pero que retirará la oferta para esta obra (casi me pongo a (¿?))"*

Año 2011: Consta en el expediente, y así lo destaca la CNMC, que el 9 de noviembre de 2011 se intercambian una serie de correos electrónicos D. XXX, Director de Operaciones de MOLINS, y D. XXX, empleado de PROMSA, en relación con una obra denominada C-40. El contenido del primero de ellos sería el siguiente, tal y como se refleja al folio 4014 del expediente administrativo:

"Me está llamando AC de uni, alguna novedad de la C 40?" D. XXX escribe: " Hilario , te llama por que quieren hacer la obra solos. Después de investigar tengo la sensación de que tienen miedo de la reacción de F-92 cliente de Uniland en el cemento de la obra de Accesos Sagrera. No me lo han reconocido pero quieren hacer la obra a medias con F-92. Ya le he dicho que nosotros vamos a por la obra, de momento solos y Jacinto ya tiene hora para ver a los de Comsa y Massó está hablando con los de acciona." D. XXX responde: "Cuando tiene hora Jacinto ? Tengo llanada de XXX! Puede tener relacion con este tema? Estas forzando mucho las cosas con uni al no ceder? Podríamos pactar a cambio de los aridos?... Tenemos tiempo hasta el viernes?" Finalmente, D. XXX termina: "Creo que debemos insistir en cogerla en UTE No he apretado mucho, creo que son ellos los que aprietan. Es una obra importante, para el 2012 hay 40.000 m3 y para el 2013 y 2014 180.000 m3 más. Después de esto no hay más obras. Además U no tiene presencia en el V. Occidental. No creo que XXX te llame por esto. Jacinto esta a la espera de la llamada de XXX para comer el jueves o el viernes. Hasta el viernes no pasaremos oferta, que seguro deberá estar por debajo de 50. Ya dirás".

Año 2012: El 19 de abril de 2012, D. XXX, Director de Operaciones de MOLINS, escribe a D. XXX, empleado de PROMSA, compartiendo con él la siguiente información: *"Le explique 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 traves de Miguel y Norberto q forceis q Uni no quiera participar. Es urgente." (folio 4597).* Entre el 16 y el 17 de agosto de 2012 se intercambian varios correos electrónicos entre diversos empleados de las empresas competidoras Norberto, BETÓN CATALÁN y PROMSA.

El 16 de agosto, D. XXX, Jefe de Operaciones de la Zona de Barcelona de PROMSA, escribe a empleados de esta misma empresa, de Norberto y de BETÓN CATALÁN, mediante correo electrónico cuyo 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"* El 17 de agosto, D. XXX, de Norberto, responde a todos: "Plácido: 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." D. XXX, de PROMSA, responde 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."* Nuevamente, D. XXX, de Norberto, responde a todos: *"Por mi parte creo que podemos dar el tema por decidido. Pasamos la oferta con el incremento de 1,50€ m3"* D. XXX, de PROMSA, escribe en respuesta: *"Me parece bien aumentar los 1,5€."* Finalmente, D. XXX, Responsable de la Zona de Barcelona de BETÓN CATALÁN, responde a todos: *"OK a los precios más caros"* (folios 2939 y 2940).

Año 2014: El 28 de enero de 2014, D. XXX, Director de Operaciones de MOLINS escribe un correo electrónico a D. XXX, Director General de BETÓN CATALÁN, en el que le informa de lo que ha hablado con el empleado de esta misma empresa D. XXX: *"De la obra de Acciona, efectivamente el cliente quiere q la NY la suministre Promsa. Parece que XXX[empleado de PROMSA] le ha propuesto a XXX q BC suministre una losa grande pendiente y otras partidas pendientes. A pesar de todo no será suficiente para compensar diferencias y tampoco parece q la idea de ir a hablar conjuntamente con la obra de las bondades del hormigón de BC sea la mejor idea. Quizás si hubiera mejor "rollo" entre la gente implicada sería más fácil. -Respecto de la obra de Sacyr, el motivo es "la venganza de Berga". La habitual política del "diente por diente" del hormigonero. (...) Todo ello creo q es consecuencia de una falta de (del obligado) entendimiento de los responsables respectivos. Como siempre cada uno tiene sus razones y seguro q válidas para cada parte. Yo he insistido en q estas cosas no han de pasar y que el no ser capaces de solucionarlas y elevarlas hacia arriba es la peor de las soluciones."* (folio 5112).

TERCERO. - Sobre la base que proporciona la prueba descrita, la CNMC confirma la participación de PROMSA en una infracción única y continuada del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, localizada en el mercado del hormigón de la zona noreste y que habría sido cometida por la actora junto con las empresas BETÓN CATALÁN, VALDERRIVAS, CEMEX, Norberto Y LAFARGE; infracción integrada por las conductas de intercambio de información comercial sensible, reparto de mercado y acuerdo de precios, y que se habría prolongado desde 1999 hasta 2014.

La entidad recurrente cuestiona la legalidad de la resolución por cuanto sostiene, en primer lugar, que *"el procedimiento sancionador caducó con anterioridad a la adopción y notificación de la resolución impugnada"* teniendo en cuenta que el acuerdo de incoación se dictó el día 22 de diciembre de 2014, siendo así que no se le notificó la resolución sancionadora hasta el día 8 de septiembre de 2016, por lo que habrían transcurrido entre uno y otro más de los dieciocho meses previstos como plazo máximo de duración del procedimiento en el artículo 37 de la LDC.

A su juicio, no tendrían validez los acuerdos de suspensión del plazo adoptados por la CNMC entre el 25 de marzo y el 22 de mayo de 2015, y entre el 20 de junio y el 16 de julio de 2016. En el primer caso, porque se interpuso recurso de los previstos en el artículo 47 de la LDC contra el acuerdo adoptado sobre la declaración de confidencialidad de unos documentos; y, en el segundo, porque se requirió a las empresas que aportasen su volumen total de negocios del año 2015 a efectos del cálculo de la multa.

En cuanto al primer supuesto, considera PROMSA que la tramitación y resolución del recurso no suponía impedimento alguno para la normal tramitación del procedimiento sancionador, impedimento que debería haber sido debidamente expuesto y probado por la autoridad de competencia a la hora de decretar la suspensión.

No compartimos, sin embargo, este argumento. El artículo 37 de la LDC establece en su apartado 1 que *"El transcurso de los plazos máximos previstos legalmente para resolver un procedimiento se podrá suspender, mediante resolución motivada, en los siguientes casos:*

(...)

d) Cuando se interponga el recurso administrativo previsto en el artículo 47 o se interponga recurso contencioso-administrativo".

Tal era la causa que determinó la suspensión, la interposición de un recurso del artículo 47 el 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.

La decisión de suspensión, adoptada con fecha 25 de marzo de 2015 -folio 3253- reflejaba como justificación lo siguiente: *"A la vista de lo anterior, y teniendo en cuenta la garantía en todo momento de la 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 (LDC), 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"*.

Entendemos que el acuerdo de suspensión, adoptado por el órgano competente con remisión al precepto que lo prevé, con indicación concreta de la causa determinante de la misma y referencia a la necesaria garantía de los intereses de la empresa, reúne los requisitos que cabe exigir a esta clase de acuerdos a la vista de lo que al respecto establece el transcrito artículo 37.1.d), y teniendo en cuenta que la entidad aquí recurrente no justifica ninguna circunstancia, al margen del propio interés en que se considere caducado el procedimiento, que permita cuestionar la motivación del acuerdo de suspensión y su validez.

Otro tanto sucede con el segundo acuerdo de suspensión, adoptado en este caso el 21 de junio de 2016 al amparo de lo previsto en el apartado 1.a) del artículo 37 de la Ley, con referencia expresa a dicho precepto y a la necesidad de conocer *"... en relación a las empresas imputadas, (1) el volumen de negocios total (es decir, el referido a la totalidad de las actividades económicas desarrolladas por cada una de ellas) en el año 2015, y (2) el volumen de negocios afectado por la infracción que a cada una se le imputa"*. Suspensión que fue alzada mediante nuevo acuerdo de 18 de julio de 2016, con efectos del día anterior -folio 10986-.

Si no se justifica, en razón a lo expuesto, que haya de declararse caducado el expediente al resultar válidos los acuerdos de suspensión del plazo máximo para resolver, tampoco puede serlo en atención a la interpretación que de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 2015 hace el recurrente, interpretación que esta Sala acogió en los pronunciamientos que se citan en la demanda pero que ha sido corregida por el propio Tribunal Supremo en sentencia, entre otras, de 26 de julio de 2016, recurso de casación 3881/2015.

CUARTO.- Sostiene además la recurrente que la resolución impugnada *"Vulnera los principios constitucionales de legalidad y seguridad jurídica provocando con ello la indefensión a esta parte que comporta la necesaria nulidad de la misma"*.

Justifica esta afirmación al entender que la resolución *"... se aparta de forma clara de la acusación contenida en el PCH, que es al fin y al cabo el instrumento mediante el cual se deben recoger los hechos probados que pueden ser constitutivos de infracción y fijar los cargos imputados a cada empresa"*.

Y ello por cuanto en el pliego de concreción de hechos de 18 de noviembre de 2015 se decía que *"Las prácticas llevadas a cabo por (...) consistentes en un intercambio de información comercial sensible y reparto del mercado del cemento e intercambio de información comercial sensible, reparto del mercado y acuerdo de precios en el mercado del hormigón, conforman una infracción única y continuada tipificada en el artículo 1 de la Ley 16/1989 y de la vigente LDC"*, cuando en la resolución sancionadora se declara que *"... En el presente expediente se han acreditado 4 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"*.

Considera PROMSA que de este modo se le atribuye una infracción distinta de la imputada inicialmente, y que el cambio de calificación se ha producido con vulneración de los principios de legalidad y seguridad jurídica contenidos en el artículo 9 de la Constitución, generando al propio tiempo indefensión y vulnerando con ello el artículo 24 del texto constitucional.

Tampoco creemos que con todo ello se hayan producido las vulneraciones denunciadas, ni que deba declararse la nulidad de la resolución por esta causa como reclama la recurrente con invocación del artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

En efecto, no puede discutirse que el cambio descrito no afecta a los hechos imputados, sino a su calificación jurídica, del mismo modo que también resulta incontrovertido que las empresas incoadas pudieron hacer las alegaciones que tuvieron por conveniente frente a la propuesta de resolución en la cual se acogía ya la calificación jurídica que reflejó finalmente la resolución sancionadora.

Todo ello excluye la pretendida indefensión teniendo en cuenta la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en relación al alcance que cabe atribuir a los cambios de calificación jurídica producidos a lo largo de un procedimiento sancionador y, en particular, de un procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia.

La sentencia de 5 de diciembre de 2018, recurso de casación 5621/2017, revocó la dictada por esta Sala en un cartel en el que la entidad actora había denunciado, precisamente, la vulneración del principio de legalidad

y la causación de indefensión por el cambio de calificación jurídica operado a lo largo del procedimiento y la falta de audiencia sobre dicho cambio.

Esta Sala estimó la alegación de la sancionada y con ello su recurso. Y el Tribunal Supremo, a cuyas consideraciones nos remitimos, casó la sentencia a pesar de que, a diferencia de lo que aquí sucede, en aquella ocasión no se dio trámite de audiencia a la entidad incoada respecto de la nueva calificación.

Téngase en cuenta, insistimos, que la entidad recurrente conoció el cambio de calificación a lo largo del expediente administrativo y pudo hacer alegaciones frente a la propuesta de resolución, propuesta en la que se reflejaba ya la nueva calificación jurídica, por lo que es evidente que no se produjo indefensión alguna.

QUINTO.- Se denuncia en la demanda que *"la orden de investigación, así como la inspección realizada sobre la base de la misma y todas las pruebas obtenidas en ella son nulas de pleno derecho"*.

Sobre el contenido y validez de la orden de investigación a efectos de habilitar la entrada en el domicilio de la persona jurídica inspeccionada, y que debe autorizar al Juez a su vista, nos hemos pronunciado en reciente sentencia de 16 de octubre de 2020, recurso núm. 445/14, en los términos siguientes: *"En el presente caso, la Orden, de 14 de junio de 2012, (folios 478-481) decía que: "Esta Dirección de Investigación ha tenido acceso a determinada información relacionada con posibles prácticas anticompetitivas en el mercado de los pallets de madera consistentes en la fijación de precios y condiciones comerciales en la totalidad del territorio español. La CNC dispone de información según la cual diversas empresas españolas fabricantes de pallets de madera y la ASOCIACIÓN CALIPAL ESPAÑA, habrían podido incurrir en prácticas anticompetitivas en este mercado al adoptar acuerdos cuyo objeto sería la fijación de precios y condiciones comerciales. A la vista de lo anterior, el objeto de la presente inspección es 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 por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistentes, en general, en acuerdos para la fijación de precios y condiciones comerciales, así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir al cierre del mercado español de pallets de madera. Asimismo, la inspección también tiene por objeto verificar si los citados acuerdos se han llevado a la práctica". (...)* A juicio de la Sala, la Orden de investigación es suficientemente precisa y permitió a la empresa conocer cual era su objeto y qué prácticas colusorias estaba la CNMC investigando con el fin de poder ejercer sus derechos. En particular, la adopción de acuerdos de fijación de precios y de condiciones comerciales por parte de la actora en relación al mercado de pallets de madera en el mercado geográfico español e intracomunitario dada la mención al art. 101 del TFUE. Prueba de ello es que en el acta de la Inspección realizada en la sede de PALLETTAMA, de fecha 26 de junio de 2012, se comunica al administrador y al Director de la empresa D. Jose Luis el objeto de la inspección y la posibilidad de que estuviera presente un abogado. Se les informó e hizo entrega de una copia de la Orden de investigación y del auto judicial de autorización de entrada en la sede de la empresa y se les informó también de que la búsqueda tenía por objetivo recabar la información relacionada con el objeto de la investigación (la comprobación de la existencia de prácticas anticompetitivas consistentes en acuerdos de fijación de precios y condiciones comerciales en el mercado de los pallets de madera en la totalidad del territorio español), información que sería objeto de un análisis más exhaustivo en la sede de la CNC para determinar los documentos a incorporar, en su caso, al expediente correspondiente. Asimismo, se informó a la empresa de los documentos intervenidos y se la hizo entrega de una copia de los documentos en soporte papel recabados por el equipo inspector, así como de 1 DVD con la copia los archivos informáticos finalmente recabados. Entiende por ello la Sala que la orden de investigación concretaba suficientemente el objeto de la investigación como su posterior desarrollo en la sede de la empresa puso de manifiesto".

En el caso que nos ocupa, la orden de investigación de 8 de septiembre de 2014 -folios 30 y siguientes- tiene un contenido sustancialmente igual al de la entonces analizada, pues refiere que la inspección se dirige a determinar la posible participación de la investigada en *"acuerdos, y/o intercambios de información, y/o prácticas concertadas anticompetitivas que suponen una violación del artículo 1.1. de la LDC y del artículo 101 del TFUE, en los mercados de fabricación, distribución y comercialización de cemento, hormigón y productos relacionados, al adoptar acuerdos, llevar a cabo intercambios de información y/o realizar prácticas concertadas cuyo objeto sería el reparto de mercados y/o la fijación de precios y/u otras condiciones comerciales o de servicio"*.

Es decir, indica de manera explícita el objeto, finalidad y alcance de la inspección en los términos que requiere el artículo 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero.

La orden de investigación fue examinada por el Juez de lo Contencioso Administrativo que autorizó la entrada en la sede de la inspeccionada - Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 32 de los de Madrid, auto de fecha 11 de septiembre de 2014, folios 6 y siguientes- y consideró que dicha orden se ajustaba a las exigencias legales.

Y en el acta de inspección se contienen iguales prevenciones e información que la que describe la sentencia citada -folios 39 y siguientes-.

No puede desconocerse, por otra parte, la fase inicial del procedimiento en la que se dicta la orden de investigación, lo que impedía incorporar datos más detallados que solo pudieron conocerse después, en un momento más avanzado de la tramitación del expediente.

Esta circunstancia ha sido destacada en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de junio de 2014, asunto C-37/13 P, en la que se dice sobre esta cuestión lo siguiente:

"33. Igualmente debe tenerse en cuenta el marco jurídico en el que se desarrollan las inspecciones de la Comisión. Los artículos 4 y 20, apartado 1, del Reglamento nº 1/2003 confieren, en efecto, facultades de inspección a la Comisión con el fin de permitirle cumplir su misión de proteger el mercado común de distorsiones de competencia y de sancionar posibles infracciones a las normas sobre competencia en el referido mercado (véase, en este sentido, la sentencia Roquette Frères, C-94/00 , EU:C:2002:603 , apartado 42 y jurisprudencia citada).

34 En consecuencia, por lo que respecta más concretamente a las decisiones de inspección de la Comisión, del artículo 20, apartado 4, del Reglamento nº 1/2003 se deriva que éstas deben indicar, en particular, el objeto y el objetivo de la inspección. Como ha precisado el Tribunal de Justicia, esta obligación de motivación específica constituye una exigencia fundamental no sólo para poner de manifiesto el carácter justificado de la intervención que se pretende realizar en el interior de las empresas afectadas, sino también para que éstas estén en condiciones de comprender el alcance de su deber de colaboración, preservando al mismo tiempo su derecho de defensa (véase, en este sentido, la sentencia Hoechst/Comisión, 46/87 y 227/88, EU:C:1989:337 , apartado 29).

[...]

36. Si bien corresponde ciertamente a la Comisión indicar, con la mayor precisión posible, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación (sentencia Roquette Frères, EU:C:2002:603 , apartado 83 y jurisprudencia citada), no es, en cambio, indispensable hacer constar en una decisión de inspección una delimitación precisa del mercado relevante, la calificación jurídica exacta de las supuestas infracciones ni la indicación del período durante el que, en principio, se cometieron las mismas, siempre que esa decisión de inspección contenga los elementos esenciales referidos anteriormente (véanse, en este sentido, las sentencias Dow Chemical Ibérica y otros/Comisión, EU:C:1989:380 , apartado 46, y Roquette Frères, EU:C:2002:603 , apartado 82).

37. En efecto, teniendo en cuenta que las inspecciones tienen lugar al principio de la investigación, como ha señalado la Abogado General en el punto 48 de sus conclusiones, la Comisión no dispone aún de información precisa para emitir un dictamen jurídico específico y debe, en primer lugar, verificar la procedencia de sus sospechas y el alcance de los hechos ocurridos, siendo la finalidad de la inspección precisamente recabar las pruebas relativas a una infracción objeto de sospecha (véase, en este sentido, la sentencia Roquette Frères, EU:C:2002:603 , apartado 55 y jurisprudencia citada)..."

Y la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2015, recurso 5447/2011, señala al respecto lo siguiente:

"Ciertamente los términos en que está redactada la orden de investigación son términos generales y no se da una información detallada, pero esta Sala considera que la misma cumple con los parámetros establecidos en el artículo 13. 3 del Reglamento de Defensa de la Competencia al indicar de forma suficiente el objeto, finalidad y alcance de la Inspección. En este sentido debe tenerse en cuenta que el alcance de la obligación de motivar las ordenes de Inspección "depende de la naturaleza del acto de que se trate y del contexto en el que se haya adoptado, así como del conjunto de normas jurídicas que regulan la materia" (apartado 39 de la sentencia de 26 de octubre de 2010 del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas dictada en el asunto T-23/09 caso Conseil National de l'Prfre des Pharmaciens). En este caso hay que tener en cuenta que la autorización de entrada domiciliaria se realizó en el curso de una información reservada al tener conocimiento " de la posible existencia de una infracción ". Es decir, la Inspección no se realizó tal como señala la resolución de la CNC en el ámbito del expediente incoado, tras observar indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas -en cuyo caso el artículo 49.1 LCD - ordena incoar expediente sino en el ámbito de una información reservada con el fin precisamente, de determinar si concurrían las circunstancias que justificasen la incoación del expediente sancionador. En ese momento no se dispone de una información muy precisa y precisamente por ello se inicia la información reservada. Como señala la sentencia anteriormente citada del TPI de 26 de octubre de 2010 asunto T- 23/09 apartado 40 "el Tribunal de Justicia también ha señalado que es importante salvaguardar el efecto útil de las inspecciones como instrumento necesario para permitir a la Comisión ejercer sus funciones de guardiana del Tratado en materia de competencia. Así, con el fin de salvaguardar la utilidad del derecho de acceso de la

Comisión a los locales comerciales de la empresa objeto de un procedimiento de aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE, tal derecho implica la facultad de buscar elementos de información diversos que aún no se conocen o no están plenamente identificados (véanse, a propósito del Reglamento núm. 17, la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1989, Hoechst/Comisión, 46/87 y 227/88, Rec. p. I-2859, apartado 27, y el auto Minoan Lines/Comisión, antes citado, apartado 36)".

La aplicación de esta doctrina al caso de autos determina entonces el rechazo del motivo.

SEXTO.- Argumenta la recurrente que *"no existen pruebas de la supuesta infracción cometidas por PROMSA"*.

El material inculpatario acopiado en el expediente administrativo que acreditaría la participación de PROMSA en las conductas sancionadas estaría constituido por los correos a que nos hemos referido en el fundamento de derecho segundo.

En relación al reparto del mercado del hormigón en la zona noreste, donde actuaba PROMSA, alude la resolución a la aparición en el año 2014 de una tabla (folios 2947 a 2950) *"... con la estimación de la producción de Tarragona en el mes de julio y con los mismos competidores que se incluyen en las anteriores tablas de reparto de la zona, no con denominaciones bajo siglas, sino con sus denominaciones completas en este orden: BETÓN CATALÁN, LAFARGE (antes denominada Readymix), UNILAND, PROMSA, CEMEX, Norberto (antes Pioneer) y se añade también HOLCIM. 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. La obtención de estos datos, por la exactitud y características de la información, tan reciente, no puede explicarse de otro modo que no sea a través del intercambio de información comercial sensible, en consonancia y teniendo en cuenta las demás pruebas obrantes en el expediente en relación con las mismas empresas implicadas"*.

También se refiere la resolución, con cita de los folios a los que obran los correos electrónicos (4008 y 4009), a que *"... hay evidencias de la utilización del correo electrónico para el seguimiento de los acuerdos de reparto de mercado, como el compartido en 2005 entre UNILAND, MOLINS, BETÓN CATALÁN, Norberto y PROMSA cuando la producción de Norberto para una obra es superior a la de UNILAND"*, lo que puede constatararse con la lectura de dichos correos (folios 4008 y 4009).

Resultaría, según la CNMC, significativa la conversación entre empleados de las empresas de MOLINS y PROMSA en la que tratan un posible acuerdo con UNILAND con el fin de repartirse una obra y en la que se dice *"(...) No me lo han reconocido pero quieren hacer la obra a medias con F-92. Ya le he dicho que nosotros vamos a por la obra, de momento solos" (...) Estas forzando mucho las cosas con uni al no ceder? Podríamos pactar a cambio de los áridos?.. (...) "Creo que debemos insistir en cogerla en UTE" (folio 4014).*

Es precisamente la alusión a la figura de la UTE uno de los argumentos exculpativos a los que se remite la recurrente para explicar las conductas anticompetitivas que se le atribuyen y que no tendrían, a su juicio, este carácter por cuanto no serían más que una prueba de la constitución de UTEs y *"negocios conjuntos legales y necesarios"*, como lo acreditaría el informe aportado con la demanda.

Además, niega que puedan considerarse cumplidos *"... los requisitos exigidos para considerar el conjunto de actuaciones atribuidas a PROAS como una infracción única y continuada"*.

Parte, para justificar esta afirmación, del concepto de infracción única y continuada acuñado por nuestra jurisprudencia y por el Tribunal de Justicia en las sentencias que cita, y, tras analizar los presupuestos a los que se condiciona la posibilidad de apreciar esta clase de infracciones, concluye que *"no se cumplen en absoluto los criterios para que los comportamientos atribuidos por la CNMC a PROMSA puedan ser considerados como integrantes de una infracción única y continuada"*.

SÉPTIMO.- La relevancia de este motivo a los efectos de enjuiciar la legalidad del acuerdo recurrido justifica que analicemos en primer lugar si, en efecto, podemos estar ante una infracción de esta naturaleza, y si la resolución sancionadora contiene una motivación suficiente en la que se pueda sostener este particular título de imputación.

Pues bien, en relación con el carácter o no de continuada de una infracción, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 6 de diciembre de 2012 (dictada en el asunto C-441/11 P Comisión Europea frente a Verhuizingen Coppens NV) examina un supuesto de infracción del artículo 101 TFUE en el que el Tribunal de Primera Instancia había considerado la existencia de una infracción continuada, y sintetiza los elementos que caracterizan este tipo de infracciones:

"41 Según reiterada jurisprudencia, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, puede resultar no sólo 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). Posteriormente, sentencia TJUE de 24 junio 2015, asunto C-263/2013, (apartado 156).

42 Una empresa que haya participado en tal infracción única y compleja mediante comportamientos propios, subsumibles en los conceptos de acuerdo o de práctica concertada con un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, y que pretendían contribuir a la ejecución de la infracción en su conjunto, puede así ser también responsable de los comportamientos adoptados por otras empresas en el marco de la misma infracción durante todo el período de su participación en dicha infracción. Así sucede cuando se acredita que la citada empresa intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos infractores previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencias antes citadas Comisión/Anic Partecipazioni, apartados 87 y 203, así como Aalborg Portland y otros/Comisión, apartado 83).

43 En consecuencia, una empresa puede haber participado directamente en todos los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, en cuyo caso la Comisión puede imputarle conforme a Derecho la responsabilidad de todos esos comportamientos y, por tanto, la citada infracción en su totalidad. Asimismo, una empresa puede haber participado directamente sólo en una parte de los comportamientos contrarios a la competencia que componen la infracción única y continuada, pero haber tenido conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los demás participantes en el cartel para alcanzar los mismos objetivos o haber podido preverlos de forma razonable y haber estado dispuesta a asumir el riesgo. En tal caso, la Comisión también puede lícitamente imputarle a dicha empresa la responsabilidad de la totalidad de los comportamientos contrarios a la competencia que componen tal infracción y, por consiguiente, de ésta en su totalidad.

44 Por el contrario, si una empresa ha participado directamente en uno o varios comportamientos contrarios a la competencia que componen una infracción única y continuada, pero no se ha acreditado que, mediante su propio comportamiento, intentase contribuir a la totalidad de los objetivos comunes perseguidos por los otros participantes en el cartel y que tenía conocimiento de todos los otros comportamientos infractores previstos o ejecutados por los citados participantes para alcanzar los mismos objetivos o que pudiera de forma razonable haberlos previsto y estuviera dispuesta a asumir el riesgo, la Comisión únicamente puede imputarle la responsabilidad de los comportamientos en los que participó directamente y de los comportamientos previstos o ejecutados por los otros participantes para alcanzar los mismos objetivos que los que ella perseguía y de los que se acredite que tenía conocimiento o podía haberlos previsto razonablemente y estaba dispuesta a asumir el riesgo.

45 No obstante, eso no puede llevar a exonerar a dicha empresa de su responsabilidad por los comportamientos en los que consta que participó o de los que efectivamente puede ser considerada responsable. En efecto, el hecho de que una empresa no haya participado en todos los elementos constitutivos de una práctica colusoria o que haya desempeñado un papel menor en los aspectos en los que haya participado no es relevante al imputarle una infracción, dado que únicamente procede tomar en consideración dichos elementos cuando se valore la gravedad de la infracción y, en su caso, se determine la multa (sentencias antes citadas Comisión/Anic Partecipazioni, apartado 90, así como Aalborg Portland y otros/Comisión, apartado 86)2."

Por su parte, el Tribunal Supremo, en la sentencia de 19 de marzo de 2008, recuerda, en primer lugar, que hay que distinguir entre la mera apreciación de los hechos a la luz de las pruebas practicadas, y la calificación jurídica de la conducta infractora una vez establecidos los hechos probados. Y, en segundo lugar, centra el eje de la valoración de la conducta en la unidad de designio o designio común al declarar que "los diferentes acuerdos colusorios no son sino reflejos sucesivos ordenados a su ejecución material" añadiendo que "El artículo 4.6 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora exige tan sólo que haya un "plan preconcebido" para la realización de las conductas infractoras continuadas en el tiempo y corresponde a los tribunales de instancia, a la vista de las pruebas aportadas, determinar si dicho plan existió o no. (...) Si la infracción continuada requiere la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos (en ejecución del ya citado "plan preconcebido") es claro que en el caso de autos tal requisito se cumple. Las cuatro conductas colusorias o prácticas restrictivas de la competencia sancionadas se encuentran, todas ellas, incursas en el mismo artículo, apartado y letra (artículo 1, apartado primero, letra a) de la Ley de

Defensa de la Competencia) y responden al mismo tipo infractor, esto es, al que sanciona la adopción de un acuerdo mediante el que una determinada asociación empresarial -en este caso el Sindicato de Transportistas Autónomos de Vizcaya- fija los precios y las condiciones comerciales que han de regir la actuación comercial de sus asociados a fin de eliminar la competencia de éstos entre sí".

Po r su parte, la jurisprudencia comunitaria señala que para probar la participación de una empresa en un acuerdo anticompetitivo es necesario que las autoridades de defensa de la competencia acrediten que la interesada "... intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por la totalidad de los participantes, y que tenía conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas en la consecución de los mismos objetivos, o que podía de forma razonable preverlos y que estaba dispuesta a asumir el riesgo" (sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999 Comisión / Anic).

Ha dicho también que estamos ante una infracción única y continuada cuando se participa en prácticas colusorias que evidencien: (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, por todas la STJUE de 16 de junio de 2011, Asunto T-211/08, Putters International NV, (apartados 34 y 35).

En cuanto al carácter único, entiende que ha de apreciarse cuando se produzca: identidad de los objetivos de las prácticas consideradas, STG de 20 de marzo de 2002, Dansk Rørindustri/Comisión, T21/99, Rec. p. II16 81, apartado 67, STJUE de 21 de septiembre de 2006, Technische Unie/Comisión, C11 3/04 P, Rec. p. I8831, apartados 170 y 171, y la STG de 27 de septiembre de 2006, Jungbunzlauer/Comisión, T43 /02, Rec. p. II3435, (apartado 312); identidad de los productos y servicios afectados, SsTJUE de 15 de junio de 2005, Tokai Carbón y otros/Comisión, T71/03, T74 /03, T87/03 y T91 /03, (apartados 118, 119 y 124), y STG Jungbunzlauer/Comisión, (apartado 312); identidad de las empresas que han participado en la infracción STG Jungbunzlauer/Comisión, (apartado 312); e identidad de sus formas de ejecución STG Dansk Rørindustri/Comisión, (apartado 68).

Al propio tiempo, para que las prácticas colusorias puedan ser consideradas elementos constitutivos de un acuerdo único restrictivo de la competencia, es necesario "[q]ue se inscriben en un plan global que persigue un objetivo común. Además, sólo si la empresa supo, o debería haber sabido, cuando participó en las prácticas colusorias que, al hacerlo, se integraba en el acuerdo único, su participación en las prácticas colusorias de que se trata puede constituir la expresión de su adhesión a dicho acuerdo [...]», STJUE de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T25/95, T26 /95, T30/95 a T32 /95, T34/95 a T39 /95, T42/95 a T46 /95, T48/95, T50 /95 a T65/95, T68 /95 a T71/95, T87 /95, T88/95, T10 3/95 y T104/95, Rec. p. II49 1, (apartados 4027 y 4112).

OCTAVO.- Expuestas estas consideraciones generales, es necesario determinar si las exigencias descritas, y que caracterizan la infracción única y continuada, concurren en el caso de PROMSA, cuya actuación se circunscribe al mercado del hormigón en la denominada por la resolución zona noreste; y teniendo en cuenta que la infracción concreta que se imputa a la recurrente es una infracción única y continuada consistente en "1. Intercambio de información comercial sensible y reparto del mercado del hormigón en la zona noreste en 2008, 2009, 2011, 2012 y 2014. 2. Intercambio de información comercial sensible y acuerdos de precios en el mercado del hormigón en la zona noreste en 2012".

En primer lugar, ha de verificarse si existía un plan preconcebido dirigido a la consecución de un objetivo común. Y, además de constatar la existencia de dicho plan, que ha de estar suficientemente descrito en la resolución sancionadora, es preciso encontrar en el expediente una prueba que lo sustente.

Un análisis de la resolución no permite, sin embargo, advertir que ese plan existiera en realidad.

En efecto, la descripción del plan, imprescindible para determinar su alcance, objetivo común y existencia misma, no aparece en la resolución que se limita, cuando detalla la actividad de las empresas intervinientes en la denominada zona noreste, a señalar que "Según la calificación jurídica expresada por la DC en la PR, las prácticas llevadas a cabo por las empresas BETON CATALÁN, VALDERRIVAS, CEMEX, Norberto , LAFARGE y PROMSA en la zona Noreste de España desde 1999 hasta 2014, consistentes en intercambio de información comercial sensible, reparto de mercado del hormigón y acuerdo de precios, conforman una infracción única y continuada en esa zona geográfica tipificada en el artículo 1 de la Ley 16/1989 y de la vigente Ley 15/2007".

Obviamente, no hay en ello una descripción del plan, y lo que a continuación se relaciona son las prácticas anticompetitivas supuestamente realizadas por las empresas, incluida la recurrente, que operaban en dicha zona, lo que resulta insuficiente para apreciar la necesaria contribución intencional de PROMSA a la consecución del plan, segundo de los presupuestos de la infracción única y continuada.

Por otra parte, las conductas que se describen, apoyadas en los documentos del expediente que también cita la resolución, constituyen actuaciones concretas que pudieran tener en su caso carácter anticompetitivo, pero que no conforman un plan preconcebido que, insistimos, no aparece siquiera descrito de una manera mínimamente pormenorizada en la resolución.

En efecto, la intervención de PROMSA a partir del año 2008, primero de su imputación, se habría justificado, en primer lugar, y respecto de ese año, por un correo de 16 de mayo de 2008 al que se refiere la resolución indicando que *"... D. XXX, empleado de PROMSA, escribió un correo electrónico de respuesta a D. XXX, Responsable de la Zona de Barcelona de BETÓN CATALÁN, adjuntándole una tarifa de precios de PROMSA que le había pedido éste último en un correo anterior y que lleva el título de "PROMSA_TARIFA DE PREUS DE FORMIGO SEGONS INSTRUCCIO E.H.E.-CATALUNYA ANY 2008" (folios 2035 y 2036)"*.

También señala que *"El 30 de agosto de 2008 en un correo interno de BETÓN CATALÁN, cuyo asunto es "CONTRATO AVE SAN JOSE", se hace mención a una reunión entre esta empresa, PROMSA y LAFARGE en estos términos: "El próximo jueves a las 12,00 nos reuniremos PROMSA, LAFARGE y BETON previamente antes de entrar en las oficinas para reclamar que el contrato de LAFARGE sea igual que los de BETON y PROMSA. O sea, colaboramos por LAFARGE." (folio 2037).*

En el año 2009, se sostiene su intervención en un correo interno de BETÓN CATALÁN de fecha 14 de agosto de 2009, en el que un empleado de esta empresa informa de gestiones realizadas en relación a una obra denominada "Europea- 2001" y dice: "LUNES 03/089,50 h, Hablado con el Sr. XXX de PROMSA [otro nº teléfono móvil] Me ha venido a decir que menos mal que pasó precios hace dos meses 62 ó 63/ m3, pero que retirará la oferta para esta obra (casi me pongo a (¿?))"

Hasta el año 2011 no hay reflejo de la intervención de PROMSA, y para ese año la prueba estaría constituida por una serie de correos que el 9 de noviembre de 2011 se intercambian el Director de Operaciones de MOLINS y un empleado de PROMSA, en relación con una obra denominada C-40, a cuyo contenido nos hemos referido ya en el fundamento de derecho segundo.

La prueba del año 2012 la conforman diversos correos, reseñados también en el referido fundamento.

Y, finalmente, la del año 2014 estaría constituida por un único correo que el 28 de enero de ese año dirigió el Director de Operaciones de MOLINS al Director General de BETON CATALÁN (folio 5112).

El examen de estas pruebas no pone de manifiesto la existencia de plan alguno, plan que debería haber descrito la misma resolución sancionadora. Se desconoce, por no indicarlo tampoco la resolución, cual era el supuesto objetivo común perseguido por las empresas intervinientes, o la conexión, en este caso de PROMSA, con las restantes entidades partícipes en la infracción única y continuada -un total de seis- que pudiera sugerir siquiera que ese plan existía y que tenía por objeto la consecución de un objetivo común, por cierto, también desconocido.

Más bien se trata de indicios de conductas aisladas cuyo posible carácter anticompetitivo es del todo insuficiente para deducir una actuación coordinada y dirigida a un objetivo común, conocido de todas las intervinientes, que pudiera sustentar la infracción única y continuada que finalmente se ha imputado a la recurrente.

En definitiva, la CNCM ha optado por una calificación, la de infracción única y continuada, que resulta inmotivada desde el momento en que no se reflejan en la resolución sancionadora elementos tan consustanciales a la misma como el plan preconcebido que pudiera guiar la actuación de las intervinientes, el objetivo común perseguido con ese plan, o el conocimiento que las distintas entidades tenían de la intervención de las demás.

Consecuencia obligada de todo ello es que el recurso debe ser estimado y anulada la resolución impugnada en cuanto a la sanción impuesta a la entidad actora.

NOVENO.- Las costas habrán de ser satisfechas por la Administración demandada en aplicación de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

VISTOS los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

1.- Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D^a Rosa Sorribes Calle en nombre y representación de **PROMOTORA MEDITERRÁNEA-2, S.A., (PROMSA)** contra la resolución de 5 de septiembre de 2016, de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 2.351.398 euros.



2.- Anular la referida resolución en cuanto a la sanción impuesta a la entidad recurrente, por no ser en este extremo ajustada a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la Administración demandada.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ