



Roj: **SAN 4177/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:4177**

Id Cendoj: **28079230062020100386**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **18/12/2020**

Nº de Recurso: **505/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **RAMON CASTILLO BADAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000505/2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05850/2016

Demandante: CEMEX ESPAÑA OPERACIONES S.A.U.

Procurador: D^a MARÍA JOSÉ BUENO RAMÍREZ

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. RAMÓN CASTILLO BADAL

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 dieciocho de diciembre de dos mil veinte.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 505/16 promovido por la Procuradora D^a María José Bueno Ramírez, en nombre y representación de **CEMEX ESPAÑA OPERACIONES S.A.U. (CEMEX)** contra la resolución de 5 de septiembre de 2016, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 5.865.480 euros €. por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando de ésta Sala, se dicte sentencia por la que se acuerde estimar el presente recurso Contencioso- Administrativo y en consecuencia:

"dicte sentencia por la que, con expresa condena en costas a la Administración demandada, acuerde estimar el presente recurso y, en consecuencia:

(I) Anule íntegramente la Resolución de la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 5 de septiembre de 2016, dictada en el expediente NUM000 CEMENTOS, respecto de los pronunciamientos por los que se declara a mi mandante responsable de tres infracciones del artículo 1 de la LDC y se le impone una sanción de multa de 5.865.480 euros.

(ii) Subsidiariamente, que se anule la sanción de conformidad con lo expuesto en el Fundamento Jurídico V de esta demanda con respecto a la infracción de las reglas de motivación y proporcionalidad en relación con la determinación de la multa."

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dictase sentencia por la que se confirmase el acto recurrido en todos sus extremos.

TERCERO.- Mediante auto de 3 de abril de 2017, se tuvo por contestada la demanda por el Abogado del Estado, se fijó la cuantía del recurso en 5.865.480 euros, se tuvieron por reproducidos los documentos aportados por la recurrente en sus escritos y se concedió plazo a las partes para que presentaran sus respectivos escritos de conclusiones.

CUARTO.- Una vez presentados los respectivos escritos de conclusiones por las partes quedaron los autos conclusos para sentencia.

Seguidamente, mediante providencia de 9 de octubre de 2020, se acordó señalar para votación y fallo del recurso el día 28 de octubre de 2020, en que tuvo lugar

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Ramón Castillo Badal, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el presente recurso contencioso administrativo impugna la entidad actora la resolución de 5 de septiembre de 2016, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 5.865.480 euros por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

La parte dispositiva de dicha resolución, recaída en el expediente "S/DC/0525/14,CEMENTOS , " era del siguiente tenor literal:

PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1 de la Ley 110/1963 , del artículo 1 de la Ley 16/1989 y 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 Sexto 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:

CEMEX ESPAÑA OPERACIONES, S.L.U. por participar en un intercambio de información comercial sensible y reparto del mercado del cemento, e Intercambio de información comercial sensible y reparto del mercado en el mercado del hormigón en las zonas Noreste y Centro.

(...).

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

7. CEMEX ESPAÑA OPERACIONES, S.L.U.: 5.865.480 euros

SEXTO.- Instar asimismo a la Dirección de Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.."

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

1. Tras acceder a determinada información relacionada con posibles prácticas anticompetitivas en los mercados del cemento, hormigón y productos relacionados la Dirección de Competencia de la CNMC, inició



una información reservada bajo la referencia DP/0031/14 para verificar la existencia y el alcance de las posibles conductas.

2. En el marco de dicha información reservada y en cumplimiento de las Órdenes de Investigación dictadas el 8 de septiembre de 2013, la Dirección de Competencia realizó inspecciones domiciliarias simultáneas los días 16 a 18 de septiembre de 2013, en los locales y oficinas de la Asociación Nacional Española de Fabricantes Hormigón Preparado (ANEFHOP) y de las sociedades CEMENTOS PORTLAND VALDERRIVAS, S.A., CEMENTOS MOLINS INDUSTRIAL, S.A., BETÓN CATALÁN, S.A. y CEMEX ESPAÑA OPERACIONES, S.L.U.

3. Tras el examen de la información obtenida en las inspecciones domiciliarias realizadas y al observar la existencia de indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LDC, la Dirección de Competencia, con fecha 22 de diciembre de 2014, acordó la incoación del expediente sancionador S/DC/0525/14 CEMENTOS contra diez empresas 1) Betón Catalán S.A., 2) Cementos Molins Industrial S.A. (CMI), 3) Promotora Mediterránea 2 S.A. (PROMSA), 4) Hanson Hispania, S.A. (HANSON), 5) Cemex España Operaciones, S.L.U., 6) Tenesiver S.L., 7) Comercial Arroyo Construcción S.A., 8) Hormigones Giral S.A., 9) Cementos Portland Valderrivas, S.A., y 10) Cementos Lemona, S.A, por conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC en los mercados del cemento, hormigón y productos relacionados, consistentes en posibles acuerdos o prácticas concertadas de fijación de precios u otras condiciones comerciales, intercambios de información, así como reparto de mercado.

4. Con fecha 16 y 17 de febrero de 2015, la DC acordó la incorporación al expediente de parte de la documentación recabada en las inspecciones realizadas en las sedes de ANEFHOP, BETÓN CATALÁN, S.A, CEMENTOS PORTLAND VALDERRIBAS, S.A. y CEMENTOS MOLINS INDUSTRIAL, S.A.

5. Tras la práctica de diversos requerimientos de información y a la vista de la información obrante en el expediente, el 7 de abril de 2015, la DC acordó la ampliación de la incoación del expediente sancionador por conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC contra cuatro empresas adicionales: 1) MATERIALES Y HORMIGONES, S.L., 2) LAFARGE CEMENTOS, S.A., 3) HOLCIM ESPAÑA, S.A. y 4) HORMIBUSA, S.L..

6. Con fechas 27 y 28 de mayo de 2015, la DC realizó nuevas inspecciones domiciliarias, en cumplimiento de las Órdenes de Investigación dictadas el 18 de mayo de 2015, en los locales y oficinas de las sociedades ALMACENES Y HORMIGONES CREAONS, S.L., CEMENTOS PORTLAND VALDERRIVAS, S.A., HORMIGONES DE SEVILLA, S.A., y BETONALIA, S.L..

7. Con fecha 25 de septiembre de 2015, la DC acordó una nueva ampliación del expediente sancionador por conductas prohibidas en el artículo 1 de la LDC contra otras catorce nuevas empresas, 1) CEMINTER HISPANIA, S.A., 2) ARIDOS Y HORMIGONES HISPALENSE, S.L., 3) BETONALIA, S.L., 4) ANDALUZA DE MORTEROS, S.A. (ANDEMOSA), 5) HORMIGONES DE SEVILLA, S.L. (HORSEV), 6) ALMACENES Y HORMIGONES CREAONS, S.L., 7) HORMIGONES PREMACONS, S.L., 8) PREFABRICADOS LEFLET, S.L., 9) PREFABRICADOS LIGEROS DE HORMIGON, S.L. (PRELHOR), 10) HORMIGONES UTRERA, S.L., 11) HORMIGONES POLICHI, S.L., 12) SURGYPS, S.A., 13) CEMENTOS PORTLAND VALDERRIVAS, S.A. y 14) PREBETONG HORMIGONES, S.A.

8. Con fecha 18 de noviembre de 2015, la DC formuló el Pliego de concreción de hechos, concediendo 15 días para la presentación de alegaciones.

9. Con fecha 22 de febrero de 2016, se notificó a los incoados en el expediente el cierre de la fase de instrucción y el 8 de marzo, se dictó Propuesta de Resolución que fue notificada a los interesados para que presentasen sus alegaciones.

10. El 4 de abril de 2016, la DC elevó al Consejo de la CNMC su Informe y Propuesta de Resolución y se remitió el expediente al mismo para su resolución.

11. Con fecha 20 de junio de 2016, la Sala de Competencia de la CNMC acordó requerimiento de información del volumen de negocios total en 2015 de las empresas incoadas, o la mejor estimación disponible, así como del volumen de negocio afectado en la conducta de cada una de ellas.

12. Finalmente, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 5 de septiembre de 2016.

SEGUNDO.- En cuanto a los hechos determinantes del acuerdo sancionador, en la resolución recurrida se describe a la entidad actora, CEMEX, del siguiente modo:

CEMEX ESPAÑA OPERACIONES, S.L.U. (CEMEX) es uno de los principales proveedores de materiales y soluciones para la construcción. La base de su negocio es el cemento y sus derivados, los hormigones y morteros, la venta de áridos y el desarrollo de soluciones para la construcción, comercializando sus productos en el 80% del territorio nacional con una capacidad instalada de cemento de 12,5 millones de toneladas



anuales. Su matriz es Cemex España, S.A. y forma parte de la multinacional Cemex de México. 9 Cuenta en España con unos 1.000 empleados y, según los datos aportados al expediente, su volumen de negocios en los últimos años es el siguiente: 2013 2014 2015 226.000.000 € 170.551.000 € 217.240.000 €.

TERCERO.- Antes de delimitar el mercado afectado, la resolución recurrida hace referencia al marco regulatorio y, seguidamente, en cuanto al **mercado de producto**, la resolución recurrida destaca que los mercados afectados y donde se producen las prácticas investigadas son los mercados del cemento, hormigón y sus productos relacionados.

En concreto, los códigos NACE correspondientes a los mercados afectados por las conductas son el C.23.51 Fabricación de cemento y el C.23.63 Fabricación de hormigón fresco.

Explica que el cemento es un aglomerante de base mineral, de difícil sustitución, que se utiliza como producto intermedio, entre otros, para la producción de hormigón y sus derivados. En hornos de gran potencia, en los que se calcinan los minerales básicos (tales como caliza y arcilla) se obtiene el clinker. Éste se muele posteriormente para obtener el cemento.

Se diferencian dos mercados según el tipo de cemento: el gris, utilizado en la construcción, y el blanco, utilizado principalmente para fines decorativos, y de precio más elevado que el anterior.

Las conductas investigadas en el presente expediente, dice la resolución sancionadora, se centrarían básicamente en el mercado de cemento gris que puede comercializarse a granel, o en sacos.

En cuanto al hormigón es un material de construcción, derivado del cemento. Se obtiene por la mezcla de dicho producto con áridos, agua, aditivos y adiciones.

Se distingue entre hormigón de obra y hormigón industrial. Dentro de este último, se ha distinguido entre hormigón preparado y hormigón seco. El hormigón de obra requiere de mucha mano de obra y no presenta una calidad homogénea. Este tipo de hormigón se elabora directamente en obra a partir de sus componentes y su uso es muy limitado, de ahí que este tipo de mezclas sólo se utilice cuando la rapidez y calidad no son factores determinantes o cuando los volúmenes requeridos son relativamente pequeños.

Explica la resolución, que el hormigón de mayor venta es el hormigón industrial, en concreto, el "preparado", producto de elaboración industrial que se mezcla en las instalaciones de producción y después se traslada en hormigoneras hasta donde vaya a emplearse. Este tipo de hormigón se comercializa semihúmedo y se compone de cemento y áridos, además del agua, los aditivos y las adiciones, que se mezclan en la central de producción de hormigón de manera muy precisa. Es un producto muy perecedero, ya que el fraguado se produce en un corto espacio de tiempo (menos de 2 horas), en ausencia de determinados tipos de aditivos, por lo que la ubicación geográfica de la central donde se prepara este tipo de hormigón en relación con las obras a las que suministran tiene gran importancia.

Por otra parte, las empresas suministradoras de hormigón son muy dependientes de los proveedores de materias primas, por lo que existe en estos mercados una intensa integración vertical. Así, muchos de los proveedores de hormigón poseen canteras de extracción de áridos o empresas que suministran este producto y/o pertenecen a empresas que suministran cemento.

Además, entre los productos relacionados con los dos mercados caracterizados anteriormente, se encuentran los morteros, un material de construcción obtenido de la mezcla de un aglomerante (cemento y/o cal), árido y agua.

Por último, los áridos son materiales granulares que sirven como base en muchas aplicaciones de la construcción.

En cuanto al mercado geográfico, la resolución recurrida destaca que la rentabilidad y la durabilidad de estos productos (cemento y hormigón) influyen en el alcance geográfico de estos mercados, que se configuran teniendo en cuenta la situación de las plantas productoras y el lugar donde ha de ser servido el producto aunque en el caso de grandes obras es posible establecer plantas móviles de producción que se montan cercanas al lugar donde se va a realizar la obra, resultando viables económicamente debido a la magnitud de la obra. De la distancia máxima de suministro para asegurar la viabilidad económica resulta que el mercado geográfico se delimita alrededor de la planta de producción, por el elevado impacto del transporte sobre el coste del producto.

Por todo ello, la resolución recurrida considera que el mercado geográfico afectado es el mercado nacional al estar implicadas empresas que se dedican a estas actividades con presencia en ámbitos supraautonómicos, existiendo una gran interdependencia entre los mercados de producto con alcances geográficos distintos, y replicándose las distintas prácticas anticompetitivas en varias zonas.

CUARTO.- Delimitado de este modo el mercado afectado, y descrito su modo de funcionamiento, la resolución de la CNMC en su fundamentación jurídica califica tales hechos como constitutivos de una conducta prohibida en el artículo 1 de la Ley 15/2007 y art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea consistente en una serie de acuerdos e intercambios de información entre competidores.

En el caso de CEMEX, la imputación obedece a su participación en una infracción consistente en un intercambio de información comercial sensible y reparto del mercado del cemento, e Intercambio de información comercial sensible y reparto del mercado en el mercado del hormigón en las zonas Noreste y Centro.

QUINTO.- En su demanda, la parte recurrente plantea los siguientes motivos impugnatorios.

La indefensión generada a CEMEX como consecuencia de la inadmisión de la prueba testifical propuesta en relación con la imputación de haber celebrado una reunión para el reparto del mercado (folios 6789 y 9561).

La CNMC la rechazó al entender que la mera mención de un tercero ajeno a CEMEX efectuada en un correo electrónico era suficiente para tener por acreditada la existencia de una reunión negada por la actora. Consideró que la prueba testifical propuesta " *no aporta información adicional útil*" (párrafo 513 de la Propuesta de Resolución) y que los supuestos hechos incriminatorios estarían " *suficientemente acreditados*".

La nulidad de la totalidad de la supuesta prueba de cargo recabada en las inspecciones realizadas por la Dirección de Investigación por incumplimiento de los requisitos que han de observar dichas inspecciones ya que las órdenes de investigación en las que se basaron las inspecciones domiciliarias de la sede de CEMEX y de las demás empresas investigadas no reunía la concreción exigida por las Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2014 (rec. nº 4201/2011, asunto Unesa) y de 27 de febrero de 2015 (rec. nº 1292/2012, asunto Trasmediterránea).

La inexistencia de infracción del artículo 1 de la LDC en relación con ninguna de las conductas imputadas porque no existió en ningún momento intercambio de información. Los datos obtenidos por las empresas cementeras lo fueron a partir de estudios de mercado. A través de esta información, las empresas tratan de ser más competitivas. Tampoco existió reparto de mercado del cemento y del hormigón. CEMEX es un operador competitivo que trata de obtener nuevos clientes mediante ofertas a precios inferiores a los de sus competidores.

La improcedencia de imputar a CEMEX la participación en infracciones únicas y continuadas al no acreditar la resolución recurrida la existencia de un plan preconcebido o el aprovechamiento de idéntica ocasión por parte de los autores. La supuesta continuidad la ampara en correos electrónicos aislados y separados en el tiempo sin la suficiente ligazón o conexión interna como para apreciar la concurrencia de ningún plan u ocasión.

Finalmente, la desproporción de la sanción al no razonar la resolución recurrida los criterios que ha tomado en consideración para determinar la sanción, el método aplicado para la fijación del tipo global y para el cálculo del denominado límite de proporcionalidad; además, no ha calculado correctamente la duración de la infracción y ha aplicado indebidamente una agravante de reincidencia que no concurre.

SEXTO. - Vamos a alterar el orden de examen de las cuestiones planteadas para seguir un orden lógico en el análisis de los motivos impugnatorios que deduce la parte recurrente.

Así, en cuanto a la Orden de investigación de 8 de septiembre de 2014 (folios 205-208), en ella se hace constar que " *esta Dirección de competencia ha tenido acceso a determinada información relacionada con posibles prácticas anticompetitivas en los mercados de cemento, hormigón y productos relacionados consistentes en un posible acuerdo y/o intercambios de información y/o práctica concertada de fijación de precios y/u otras condiciones comerciales y un posible reparto de mercado llevadas a cabo en el territorio nacional. Estas prácticas podrían estar llevándose a cabo, además, con la colaboración de asociaciones sectoriales o en el seno de estas.*

La Dirección de Competencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 49, apartado 2 de la LDC ha iniciado una información reservada para verificar la existencia y alcance de la posible coordinación de conductas que actualmente se tramita bajo la referencia DP/0031/14.

La CNMC dispone de información según la cual diversas empresas fabricantes de cemento, hormigón y otros productos relacionados habrían podido incurrir en prácticas anticompetitivas en los mercados de fabricación, distribución y comercialización de cemento, hormigón y otros 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 en la distribución y venta de dichos productos en el territorio español.

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 el art.. 101 Tratado



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 el mercado de la fabricación, distribución y dispensación de tiras reactivas para la medición de glucosa en sangre en el territorio español. Asimismo, la inspección tiene por objeto verificar si los citados acuerdos se han llevado a la práctica.

A la vista de lo expuesto, se ordena a CEMEX ESPAÑA OPERACIONES S.A.U. LA LLOSETA a que se someta a inspección por su posible participación en acuerdos y/o intercambios de información y/o práctica concertadas anticompetitivas que suponen una violación del art. 1.1. de la LDC y del art. 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".

Con fecha 12 de septiembre de 2014, se practicó una corrección de errores de la Orden al existir un error en la identificación del mercado objeto de investigación sustituyendo la referencia a "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 el mercado de la fabricación, distribución y dispensación de tiras reactivas para la medición de glucosa en sangre en el territorio español." por la de:

"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 el art. 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."

Como vemos, la Orden incorpora los antecedentes e indicios que revelarían un posible acuerdos de precios y por esa razón expone que "la dirección de investigación ha iniciado una información reservada para verificar la existencia y alcance de la posible coordinación de conductas que actualmente se tramita bajo la referencia DP/0031/14.

Asimismo, podrían estar llevándose a cabo intercambios de información recomendaciones colectiva y/o conductas colusorias en materia de precios y condiciones comerciales en la distribución de combustible de automoción entre competidores y/o en el seno de las asociaciones a las que pertenecen.

Por lo tanto, entendemos que la Orden de investigación contiene esencialmente los requisitos que exige en cuanto a su contenido el art. 13.2 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

SÉPTIMO.- La resolución recurrida sanciona a CEMEX ESPAÑA OPERACIONES, S.L.U. (CEMEX) por:

1. Intercambio de información comercial sensible y reparto de mercado del cemento en 2013 (folios 4600 a 4611).
2. Intercambio de información comercial sensible y reparto de mercado del hormigón:
 - a. En la zona Noreste en 2012, 2013 y 2014. Las conductas quedan acreditadas, según la resolución sancionadora, en los siguientes folios: (2960, 2553, 4597, 2946, 2947 a 2950, 2050 a 2053).
 - b. En la zona Centro en 2014 (folio 3520).

Vamos a analizar la prueba que identifica la resolución recurrida acreditativa de cada conducta.

A) Intercambio de información comercial sensible y reparto de mercado del cemento en 2013 (folios 4600 a 4611).

La resolución recurrida dice que:

"el reparto del mercado entre las empresas competidoras en los mercados y zonas geográficas analizadas es indudable y constituye una infracción del artículo 1 antes citado que prohíbe expresamente el reparto del mercado o las fuentes de aprovisionamiento entre las empresas que operan en un mismo mercado. Constan en el expediente, la existencia de tablas que obran en poder de empresas competidores en las que se advierte como las empresas se asignaban a los clientes para el suministro del cemento u hormigón, en función del mercado afectado. Es importante señalar que los repartos de obras, zonas, producciones y clientes que se encuentran en las evidencias del expediente se plasman en tablas y hojas de cálculo que sirven de herramienta para la gestión de los acuerdos, bien para recoger las conclusiones de los acuerdos, bien para trabajar sobre ellas y hacer propuestas a los demás competidores o bien para hacer un seguimiento periódico de cómo se llevan a la práctica los acuerdos y controlar la actividad de los competidores y su cumplimiento del reparto.



Ejemplo de lo anterior, lo encontramos en el mercado del cemento si tenemos en cuenta, por ejemplo, el correo electrónico interno de la empresa MOLINS de fecha 1 de julio de 2013, en el que dos empleados de esta empresa comparten un archivo adjunto tipo excel denominado "Clientes CEMEX" en el que se puede observar una tabla conformada por clientes, los datos de ubicación de éstos y datos numéricos referentes a toneladas métricas por cada uno de esos clientes referentes a MOLINS y a los siguientes competidores: CEMEX, LAFARGE, Unión, Cementos Valencia, Élite y T.F. (folios 4600 a 4611).

Esta es la única prueba en la que se sustenta la infracción que se imputa a CEMEX en el mercado de cemento.

Se trata de un testimonio de referencia (no se ha interrogado a los dos empleados de Molins y además, los folios 4600 a 4611 a los que se remite la resolución recurrida no permiten concluir que los mismos reflejen un reparto de mercado.

Efectivamente, en los folios citados y en varias columnas figura:

ESTADO PROVINCIA GRUPO POBLACIÓN EMPRESA Y CANTIDADES

A partir de los datos allí consignados la resolución recurrida razona que " la gran cantidad de información y el grado de detalle contenidos en las tablas, hacen imposible considerar que sean fruto de una labor de "market intelligence", como pretende CEMEX. Como señala el órgano instructor las cantidades expuestas en las tablas no se refieren a estimaciones globales de producción o venta de empresas competidoras, sino que reflejan un desglose pormenorizado por cliente, lo cual resulta inconcebible que pueda realizar una empresa competidora. En efecto, teniendo en cuenta la cantidad de empresas que operan en el mercado del cemento, y la gran cantidad y variedad de clientes que pueden tener cada una de ellas, resulta impensable que una empresa individualmente pueda tener dicho volumen de información con tal grado de detalle sin haber tenido acceso a información privilegiada por parte de las demás empresas.

Como vemos, la resolución recurrida da por sentado que las "tablas" contienen un desglose pormenorizado por cliente y sin embargo, de ese cuadro que ha examinado la Sala es imposible deducir que refleje un reparto de mercado del cemento entre empresas porque ni siquiera se sabe que se refiera a cemento, toneladas métricas, etc.

Por otra parte, no explica la resolución recurrida el papel de Cementos Molins porque solo esta podía conocer el alcance de tal información ya que la lectura de esas "tablas" aisladamente considerada no permite llegar a conclusión alguna y si responden, efectivamente a un reparto de mercado, Cementos Molins participaba también de un intercambio de información ilícito.

La resolución recurrida, en la pag 62 afirma que " la Dirección de Competencia modifica la responsabilidad jurídica de MOLINS atribuyéndosela a PROMSA en los contactos entre BETÓN CATALÁN y PROMSA en relación al intercambio de información comercial sensible y reparto del mercado del hormigón en dos correos electrónicos de fechas 9 de noviembre de 2011 y 28 de enero de 2014 contenidos en los folios 4014 y 5112 respectivamente. Asimismo propone el archivo de las actuaciones contra MOLINS por prescripción de sus actuaciones anticompetitivas del año 2009".

Sin embargo, se da por buena la información contenida en un correo interno de Molins que refleja un supuesto reparto de mercado que no se deduce de los datos allí consignados y sin explicar por qué CEMENTOS MOLINS disponía de esa información sin participar en tales acuerdos.

A juicio de la Sala, estas consideraciones restan credibilidad a un correo interno de dos empleados de CEMENTOS MOLINS, mero testimonio de referencia, no confirmado mediante la declaración de sus intervinientes acerca del origen, contenido y significado de la información contenida en los folios 4600 a 4611 que, a falta de otros indicios no refleja repartos de mercado de cemento.

Entendemos por ello que no hay prueba válida y suficiente para imputar a CEMEX un reparto de mercado en 2013 en el mercado de cemento.

B) Intercambio de información comercial sensible y reparto del mercado del hormigón en la zona Noreste en 2012, 2013 y 2014.

La prueba de esa infracción la funda la resolución recurrida en los folios siguientes del expediente:

El folio 2960, es un correo interno de dos empleados de BETON CATALAN de 22 de febrero de 2012, relativo a contactos con CEMEX y otras empresas para realizar conjuntamente mediante dos contratos una obra de Mercadona en Montblanc.



El folio 2553 en el que no se identifica remitente ni destinatario que dice " *Toni no podemos perder esta obra pero sería conveniente poder ver las ofertas porque según suiza y rampuixa sus precios son 73 y 72 respectivamente. Ya me cuentas. Slds*"

Folio 4597. Emails intercambiados entre MOLINS y PROMSA en abril de 2012 relativos a la posibilidad de realizar una UTE con diversas empresas competidoras (BETÓN CATALÁN, HANSON, CEMEX) hablan sobre precios del CEMENTO con referencia a CEMEX.

Folio 2946 correo de Beton a Sorigué . Habla de " *facilitarle lista de m3 para poder hablar con Cemex...*"

Folios 2947-2950. En un correo entre dos empleados de Beton Catalan al que se adjuntan diversos cuadros. En uno de ellos figura una estimación de producción del Mercado de Tarragona referida al mes de julio de 2014, CEMEX 1500 m3 y a continuación, un tanto por ciento mensual, y unas cifras de acumulado anterior y actual.

Finalmente, los folios 2050-2053 se refieren a un correo interno de BETON CATALAN en el que un empleado de la Planta de BETON de Ibiza le remite a otro la " *producción del 1 al 31 de agosto de 2014 de 2014 de las plantas de la competencia y la nuestra así como la previsión de producción de septiembre de 2014.*"

Se refiere a BETON CATALAN, HORMICEMEX, SUMINISTROS IBIZA, PARROT SA y RAMPUIA S.A..

En todos los casos se trata de correos de terceros que contienen referencias a CEMEX que no se ven corroboradas con datos objetivos que revelen repartos de obras.

C) Acuerdo de reparto de Mercado de hormigón en la zona centro en 2014.

La única prueba es el folio 3520 del expediente.

Se trata de un correo interno de VALDERRIVAS de 6 de junio de 2014, en el que se comenta una reunión celebrada entre LAFARGE, BETÓN, CEMEX, MAHORSA y VALDERRIVAS para acordar el reparto de obras entre dichas empresas.

Lo remite Lucio a Mariano , ambos de Portland Valderribas. Asunto Obras reparto.

" Mariano , ayer me dio Ovidio el listado de obras que habían acordado en la reunión que tuvo con Lafarge, BETON, CEMEX, y MAHORSA para el reparto de las obras. Ya comentamos las que os han tocado". Ovidio , es otro empleado de Valderribas.

Se trata de un testimonio de referencia de dos empleados de Portland Valderribas que hablan de una reunión en la que CEMEX, entre otros, habrían acordado un reparto de obras. El texto del correo es explícito pero su validez como prueba requería haber confirmado el contenido del correo recabando la declaración de sus intervinientes y sobre todo, verificar su autenticidad mediante la constatación de que efectivamente, mediante un acuerdo de las empresas que se indican se habrían repartido unas obras precisando las que en virtud de esa práctica anticompetitiva le habrían correspondido a CEMEX.

Tal investigación no se ha realizado y por tanto, la imputación de un reparto en el mercado del hormigón en 2013 en la zona centro en 2014 basado en esa única prueba vulnera el derecho a la presunción de inocencia de CEMEX.

OCTAVO.- Conviene recordar que el derecho a la presunción de inocencia constituye un principio general del Derecho de la Unión, establecido también en el artículo 48, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LCEur 2000, 3480) (véase, en este sentido, la sentencia E.ON Energie/ Comisión [TJCE 2012, 352] , C-89/11 P, EU:C:2012:738, apartado 72) que los Estados miembros deben respetar cuando aplican el Derecho de competencia de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias VEBIC [TJCE 2010, 370] , C-439/08, EU:C:2010:739, apartado 63, y N., C-604/12, EU:C:2014:302, apartado 41).

Además, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la existencia de una práctica concertada o de un acuerdo debe inferirse, en la mayoría de los casos, de diversas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (véase, en este sentido, la sentencia Total Marketing Services/Comisión, C-634/13 C-634/13 P, EU:C:2015:614, apartado 26 y jurisprudencia citada).

El TJUE ha exigido que la incriminación se ponga de manifiesto con pruebas precisas y concordantes para asentar la firme convicción de que la infracción tuvo lugar (sentencias del TJUE 31 de marzo de 1993, Altros/Osakeyhtio y otros, C-89- 5, c-114/85, C- 116/85, C- 117/85, Y C- 125/85 a C-129/85, REC. P1-1307, apartado 127, del Tribunal General de 6 de julio de 2000, Volkswagen Comisión T 62/98, Rec. p 1-2707, apartados 43 y 72. Y también ha declarado que la prueba de una infracción del Derecho de la competencia de la Unión pueda aportarse no sólo mediante pruebas directas, sino también mediante indicios, siempre que éstos sean objetivos y concordantes.



En el presente caso, la resolución recurrida ampara la imputación a CEMEX exclusivamente en correos remitidos por terceros y debemos recordar al respecto que el Tribunal Constitucional ha señalado que la prueba testifical de referencia se puede constituir como medio de prueba, pero no puede sustituir o desplazar la prueba testifical directa, salvo en casos de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo. Posteriormente, una vez aceptada como medio de prueba, deberá ser valorada por el órgano juzgador, como cualquier otra prueba. Sentencia TC 161/2016, de 3 de octubre y las que en ella se citan.

Por otro lado, el Tribunal Supremo define la prueba testifical de referencia como *"una fuente mediata de posible conocimiento, que declara, no sobre el hecho procesalmente relevante, sino sobre la versión del mismo que alguien podría haberle suministrado, de manera que, primero, solo cabría acudir a la testifical de referencia cuando no sea posible escuchar al testigo directo, segundo, se trata de una prueba que carece por sí sola de aptitud para destruir la presunción de inocencia"*, doctrina recogida en la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2012, rec. 10218/2012.

Esta doctrina, propia del proceso penal es plenamente trasladable a un procedimiento administrativo sancionador como el que nos ocupa.

Con independencia de que no consta la declaración de los testigos directos, los remitentes y destinatarios de los correos, de especial valor para explicar el origen, contenido y alcance de la información que reflejan los correos para poder afirmar que describen acuerdos de reparto de precios e intercambios de información sensible, los citados correos podrían tener valor incriminatorio si su contenido apareciera corroborado por datos objetivos coincidentes con lo que en aquellos se declara.

Sin embargo, la documentación que en ocasiones se adjunta en los correos es absolutamente insuficiente para poder tener por acreditados los intercambios de información o repartos de mercado sancionados. Así, las cantidades que se mencionan en los correos no se corresponden con las que se describen en las tablas que adjuntan.

La resolución recurrida no describe la mecánica de funcionamiento que permitía, como dice, repartir el mercado de cemento o de hormigón en las diferentes zonas geográficas. Se ignora como se hacían los repartos de obras entre las empresas incoadas, si se compensaban unos con otros y en función de qué criterios, los mecanismos de comunicación entre ellas, etc. La resolución sancionadora imputa una infracción única y continuada pero no describe un plan preconcebido que tuviera por objeto el reparto del mercado del cemento y del hormigón. Se limita a transcribir cronológicamente una serie de correos electrónicos en los que terceras empresas del sector aluden a CEMEX.

A juicio de la Sala, algunos de los correos analizados aunque sean de referencia reflejan, efectivamente, la existencia de contactos indebidos entre empresas desde el punto de vista de la necesidad de mantener una conducta independiente entre ellas pero la mera referencia de terceros a conductas realizadas por la actora sin datos objetivos que lo avalen no permite tenerlas por acreditadas.

Ha de tenerse en cuenta, además, que como recuerda la sentencia del Tribunal General de 6 de febrero de 2014, en el asunto T-27/10,AC-Treuhand AG:

" el concepto de infracción única se refiere a una situación en la que varias empresas participan en una infracción constituida por un comportamiento continuado que tiene una única finalidad económica, dirigida a falsear la competencia, o también por infracciones individuales relacionadas entre ellas por una identidad de objeto (la misma finalidad de todos los elementos) y de sujetos (la identidad de las empresas de que se trata, conscientes de participar en el objetivo común) (sentencias del Tribunal de 8 de julio de 2008, BPB/Comisión, T-53/03 , Rec. p. II-1333, apartado 257, y Amann & Söhne y Cousin Filterie/Comisión, antes citada, apartado 89)."

Ahora bien, a CEMEX se la sanciona por participar en una infracción única y continuada respecto de la que no se ha acreditado por las razones expuestas que aquella conociera el objetivo ilícito anticompetitivo y que contribuyera a su realización.

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso y la anulación de la resolución recurrida.

NOVENO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la Administración demandada, dada la estimación del recurso.

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

FALLAMOS

ESTIMAR el recurso interpuesto por la Procuradora D^a María José Bueno Ramírez, en nombre y representación de **CEMEX ESPAÑA OPERACIONES S.A.U. (CEMEX)** contra la resolución de 5 de septiembre de 2016, del



Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 5.865.480 euros por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, resolución que anulamos en cuanto a la sanción impuesta a la actora.

Con imposición de costas a la Administración demandada.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ