



Roj: **SAN 4276/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:4276**

Id Cendoj: **28079230062020100424**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **14/12/2020**

Nº de Recurso: **514/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000514 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05899/2016

Demandante: CEMENTOS PORTLAND VALDERRIVAS S.A.

Procurador: DÑA. CONSUELO RODRIGUEZ CHACON

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

Dª. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a catorce de diciembre de dos mil veinte.

Se ha visto ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 514/2014, el recurso contencioso-administrativo formulado por **CEMENTOS PORTLAND VALDERRIVAS, S.A.** representada por la procuradora doña Consuelo Rodríguez Chacón contra la resolución de 5 de septiembre de 2016, S/DC/0525/14 CEMENTOS, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 127.319 euros.

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

ANTECEDENTES DE HECHO



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

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

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

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba, tras el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 18 de noviembre de 2020 en que efectivamente se deliberó y votó.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso la resolución de 5 de septiembre de 2016, S/DC/0525/14 CEMENTOS, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, por la que se le impuso a CEMENTOS PORTLAND VALDERRIVAS, S.A. (en adelante VALDERRIBAS) una sanción consistente en una multa de 10.256.152 euros por la comisión de una infracción por participar en un intercambio de información comercial sensible y reparto del mercado del cemento, e intercambio de información comercial sensible, acuerdo de precios y reparto del mercado en el mercado del hormigón en las zonas Noreste, Centro y Sur.

En la parte dispositiva de dicha resolución, se indicaba:

«[P]RIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado cuatro infracciones del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta Resolución.

(...)

SEGUNDO.- De acuerdo con la responsabilidad atribuida en el Fundamento de Derecho Cuarto, declarar responsables de las citadas infracciones a las siguientes empresas:

(...)

6. CEMENTOS PORTLAND VALDERRIVAS, S.A. por participar en un intercambio de información comercial sensible y reparto del mercado del cemento, e Intercambio de información comercial sensible, acuerdo de precios y reparto del mercado en el mercado del hormigón en las zonas Noreste, Centro y Sur.

(...)

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

(...)

6. CEMENTOS PORTLAND VALDERRIVAS, S.A.: 10.256.152 euros [...].».

La resolución sancionadora acota la infracción a los siguientes sectores y años:

- a) Cemento en 2013 y 2014 a nivel nacional por actuación de VALDERRIBAS.
- b) Hormigón en zona noreste en 2011 y 2013, por las actuaciones de UNILAND.
- c) Hormigón en zona centro en 2014, por las propias actuaciones de VALDERRIBAS.
- d) Hormigón en zona sur en 2010, 2012, 2013 y 2014, por las actuaciones de HYMPESA, y en 2014 por las propias actuaciones de VALDERRIBAS.

Como resumen de los hitos más relevantes podemos señalar que:

1.- En el marco de la información reservada y en cumplimiento de las Órdenes de Investigación dictadas el 8 de septiembre de 2013, la Dirección de Competencia (en adelante, DC) realizó inspecciones domiciliarias simultáneas los días 16 a 18 de septiembre de 2013 en los locales y oficinas de la Asociación Nacional Española de Fabricantes de Hormigón Preparado (ANEFHOP) y de las sociedades CEMENTOS PORTLAND VALDERRIVAS, S.A., CEMENTOS MOLINS INDUSTRIAL, S.A., BETÓN CATALÁN, S.A. y CEMEX ESPAÑA OPERACIONES, S.L.U. (folios 6 a 234).

2.- Con la información obtenida el 22 de diciembre de 2014 y de conformidad con el artículo 49.1 de la LDC, acordó la incoación del expediente sancionador S/DC/0525/14 CEMENTOS contra diez empresas por



conductas prohibidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, (LDC) de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE de 4 de julio) en los mercados del cemento, hormigón y productos relacionados, consistentes en posibles acuerdos o prácticas concertadas de fijación de precios u otras condiciones comerciales, intercambios de información, así como reparto de mercado.

3.- El 3 de marzo de 2015 solicitaron la confidencialidad de determinados documentos las empresas CEMENTOS PORTLAND VALDERRIVAS, S.A. (folios 2594-2596), y CEMENTOS MOLINS INDUSTRIAL, S.A. (folios 2637-2639).

4.- El 27 y 28 de mayo de 2015 la DC realizó nuevas inspecciones domiciliarias, entre otras en el domicilio de la actora.

5.- El 25 de noviembre de 2015 se acordó nueva ampliación. En esta incoación se incluía la investigación de las actuaciones llevadas a cabo por la sociedad HORMIGONES Y MORTEROS PREPARADOS, S.A. (HYMPESA), absorbida por CEMENTOS PORTLAND VALDERRIVAS, S.A.

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

7.- El 22 de febrero de 2016 se notificó el cierre de la fase de instrucción y el 8 de marzo se dictó propuesta de resolución (PR) (folios 8878 a 8904), en la que consideraba acreditada en la zona Centro de España, el mercado del hormigón, una infracción única y continuada en esa zona geográfica cometida por las empresas BETÓN CATALÁN, VALDERRIVAS, COMERCIAL ARROYO, TENESIVER, HORMIBUSA, LAFARGE, CEMEX y MAHORSA, consistente en el intercambio de información comercial sensible, reparto del mercado del hormigón y acuerdo de precios desde el 2009 hasta el 2014.

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

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

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

11.- VALDERRIVAS es una multinacional española, filial de Fomento de Construcciones y Contratas, S.A., dedicada fundamentalmente a la producción de cemento, hormigón, áridos y mortero. Opera en tres áreas geográficas: Europa Occidental (España y Reino Unido), América del Norte (EE.UU.) y África (Túnez). Concretamente en España posee siete fábricas de cemento que cubren la mayor parte de la geografía peninsular incluyendo el norte, este, centro y sur de la península y tres de las grandes ciudades del país (Madrid, Barcelona y Sevilla). La capacidad de producción de cemento instalada de VALDERRIVAS en España es de, aproximadamente, 11 millones de toneladas y cuenta con unos 600 empleados. Según los datos aportados al expediente, su volumen de negocio en los últimos años es el siguiente: 195.975.638 euros en 2014 y 197.233.695 euros en 2015.

12.- HYMPESA era la cabecera de la división de hormigón del grupo cementero. Estaba compuesta por un conjunto de 27 sociedades, con un total de 92 centrales de fabricación repartidas en diversas Comunidades Autónomas.

13.- HYMPESA fue absorbida por VALDERRIVAS con fecha 8 de mayo de 2014 y extinguida con fecha 19 de agosto de 2014.

14.- HORMIGONES UNILAND, S.A. extinguida y absorbida por UNILAND CEMENTERA, S.A. (UNILAND) en agosto de 2014, fue absorbida a su vez por VALDERRIVAS el 20 de octubre de 2014.

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

(i) En cuanto a la infracción, y en relación al cemento, afirma que las conductas imputadas en los años 2013 y 2014, los correos y la documentación en la que se sustenta están descontextualizados y no revelan, ni por indicios, la infracción por la que se la sanciona. Analiza cada uno de los datos aportados por el acuerdo sancionador, explica su contenido y echa en falta la ausencia de respuesta de la Administración a sus alegaciones.

Otro tanto hace con el hormigón. En cuanto a la zona Noreste, en los años 2011 y 2013 respecto a UNILAND, afirma que se sustenta en dos correos ajenos a VALDERRIBAS respecto de dos obras concretas. Respecto de la zona Centro, año 2014, se sustenta la infracción en un correo interno de VALDERRIBAS, que perseguía la



posibilidad de que MAHORSA se hiciera cargo de alguna de las obligaciones de suministro de hormigón que pesaban sobre HYMPSA, a raíz de su salida del mercado. Respecto de la zona Sur, niega la participación en los whatsapp a los que se refiere la resolución.

En cuanto al año 2010, respecto de las actuaciones llevadas a cabo por HYMPSA, solo se sustenta a infracción en correos de terceros en los que no intervino la actora. Además, respecto de ese año, la resolución sancionadora no incluye ningún tipo de documento. El llamado «Cuadro Hormigoneros», consistente en una tabla en la que aparecen los nombres de veinticinco empresas hormigoneras, se menciona a HYMPSA, pero ni prueba ni justifica reparto alguno de mercado.

En el año 2012, ocurre lo mismo en la medida que se justifica en un correo electrónico de HORSEV a BETONALIA en el que se adjuntaba un documento que incluía una tabla en la que aparecía el nombre de empresas hormigoneras, y entre ellas, HYMPSA. Se trata de una comunicación entre terceros ajenos a la actora.

En el año 2013 se sanciona a VALDERRIBAS por conductas de HYMPSA, por las menciones en distintas tablas intercambiadas entre BETONALIA y HORSEV o recabadas en la sede de CREACONS.

En cuanto al año 2014, también son documentos de terceros. Además HYMPSA en ese año ya no estaban en el mercado de hormigón.

En definitiva, el acuerdo sancionador está huérfano de motivación en cuanto a la culpabilidad de la actora.

(ii) Denuncia la nulidad de la resolución por el cambio de la calificación de las conductas inicialmente definidas en el PCH.

(iii) Considera incorrecta la calificación en cada una de las conductas sancionadas como una infracción única y continuada. No concurren los requisitos exigidos por la jurisprudencia para este tipo de infracciones.

(iv) Afirma que es nula la orden de investigación. En la inicial se decía «[e]l mercado de la fabricación, distribución y dispensación de tiras reactivas para la medición de glucosa en sangre en el territorio español [...]», lo que obligó a la posterior corrección identificando como mercado «[e]n 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 [...]». En términos igual de amplios se describe el objeto de la segunda inspección realizada en la sede de VALDERRIBAS de Alcalá de Guadaíra, a pesar de que para entonces la DC llevaba ya más de nueve meses de actuación instructora y debería disponer de elementos que le permitieran concretar el objeto de la inspección. Cita en apoyo de este argumento la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

(v) De manera subsidiaria, denuncia la falta de motivación y proporción en la imposición de la sanción y la compara con la de CEMEX. Ignora porqué se le aplica un porcentaje del 5,2 % sobre la base del 4 % del que parte. No se motiva la aplicación de la agravante del artículo 6.4 de la LDC.

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

TERCERO.- Las alegaciones contenidas en el escrito de demanda pueden ser ordenadas en aspectos formales y las cuestiones de fondo.

Dentro de las primeras identificamos la queja sobre las irregularidades que detectan en las órdenes de inspección.

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

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

En el presente recurso se cuestionan dos órdenes de investigación, la primera de 16 de septiembre de 2014, (folio 30) por la que se acordada la entrada en domicilio de VALDERRIBAS con sede en la calle Abascal número



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

Hace la demanda especial hincapié en la rectificación del párrafo situado entre los folios 3 y 4 de la orden que se hizo a instancias del abogado del Estado (folios 34 a 36). Efectivamente, en la orden originaria se hacía referencia a «[l]as tiras reactivas de glucosa en sangre». Fue corregido el mismo día por «mercados de cemento, hormigón y relacionados [...]». Para la actora constituye la prueba evidente de la falta de motivación de orden, sin embargo, olvida que más arriba, en el mismo folio 2, ya se identifica el mercado correctamente y el ámbito al que se extendía la investigación, con lo que solo podemos calificar la rectificación de mero error material.

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

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

CUARTO.- La otra cuestión formal se centra en el cambio de la calificación de las conductas por el órgano sancionador respecto de la propuesta formulada por la DI.

La controversia sobre la alteración de la calificación contenida en la propuesta de resolución ha sido despejada por la STS de 5 de diciembre de 2018, recurso 5621/2017, cuando de manera categórica afirmó que «[u]n cambio de calificación, sin modificación de los hechos, la omisión del citado trámite de audiencia no conlleva la invalidez de la resolución sancionadora en tanto no se hubiera producido indefensión [...]»; y reiteró lo que dijo en las anteriores de 30 de enero de 2012, recurso 5106/2009 y de 3 de febrero de 2015, recurso 3854/2013.

La denuncia de la actora sobre este particular no trasciende lo circunscrito por el Tribunal Supremo a la esfera de la indefensión formal, por lo que a pesar de la literalidad del artículo 51.4 de la Ley 15/2007, estaríamos ante una irregularidad no invalidante. Con ello también descartamos la denuncia sobre el desconocimiento de la acusación formulada, como lo prueba el hecho de que, en todo momento, ha podido desplegar su derecho a la defensa.

QUINTO.- Despejadas la dudas formales, entremos en los motivos de fondo invocados en el escrito de demanda y que hemos resumido en los puntos (i) y (iii). Los analizaremos de manera conjunta en cuanto que ambos tienen que ver con los hechos en los que al CNMC sustenta la sanción, con su calificación como infracción única y continuada y con la motivación de la culpabilidad.

Para abordar estos motivos de impugnación es necesario, en primer término, identificar correctamente cuáles son los hechos probados de los que parte la resolución sancionadora. Acto seguido, valorar cómo la Administración ha construido la participación de la recurrente en el cártel y la imputación de la infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC por la que resultó sancionada.

Es necesario que distingamos entre los hechos probados, las zonas, los años y los productos. Si no lo hiciéramos así, se haría extremadamente difícil llevar a cabo una correcta valoración de los términos en los que la CNMC apoya su sanción.

No entramos ni a considerar la referencia a años anteriores que no fueron objeto de sanción, pero que se incluyen en la relación de hechos probados (páginas 21 y siguientes de la resolución sancionadora pública de la página web de la CNMC). Hacemos esta puntualización porque nada de lo que se destaca en el acuerdo



sancionador respecto de periodos prescritos puede ser tenido en consideración para justificar la participación o culpabilidad de la actora en años posteriores.

Siguiendo el orden anunciado, y de conformidad con los términos en los quedaron circunscritas las infracciones (folios 120 y 121 del acuerdo sancionador) podemos distinguir:

A.- Mercado del cemento, por prácticas de intercambio de información sensible y reparto de mercado de cemento llevadas a cabo por VALDERRIVAS, CEMEX, CEMINTER y HOLCIM durante 2013 y 2014, y que reputa infracción única y continuada a nivel nacional tipificada en el artículo 1 de la Ley 16/1989.

En este sector geográfico y mercado se destacan los siguientes hitos probatorios:

-a) El 15 de julio de 2013, el Gerente Comercial de Cemento de la Zona Centro de VALDERRIVAS remite un correo electrónico al Director Comercial de la Zona Norte, Centro, Sur y Reino Unido de esta misma empresa informándole de la pérdida de un cliente a favor de CEMEX y sugiriendo la posibilidad de preparar una represalia proporcionada *«[N]os ha llamado el cliente [...], para decirnos que CEMEX hace unos días le ofertó [...] € más barato que nuestro precio. (...). Si te parece oportuno preparamos una represalia proporcionada. Como bien sabes, si no respondemos rápidamente, quedarán hechos consolidados. [...]*», (folio 3498).

-b) El 31 de octubre de 2013, el Gerente Comercial de Cemento de la Zona Centro de VALDERRIVAS remite un correo electrónico al Director Comercial de la Zona Norte, Centro, Sur y Reino Unido de esta misma empresa adjuntándole reportes comerciales semanales de la Zona Centro en formato Excel, en que se indicaba: *«[C]ementos Hidalgo está muy molesto con nosotros debido a supuestas agresiones a clientes suyos en Badajoz que estaban consumiendo Balboa y según su versión iban a cambiar poco a poco a Valderrivas. Se queja de ofertas a la baja desde Sevilla de hasta 21 euros de diferencia. (...). Estamos teniendo varios problemas con H Castrejón que compra cemento a Lafarge y a Cementos Hidalgo nuestro cemento el cual está revendiendo a todo el que puede. Siguiendo tus instrucciones, hemos ralentizado las ofertas a clientes de la competencia. Solamente ofertamos a clientes esporádicos de Holcim y a clientes de Cinsa de cemento blanco. (...) Como agresiones principales de la competencia, señalar de Lafarge a suministros Leganés (...) las ofertas de CEMEX a clientes de ensacado (...). En todas ellas nos hemos limitado a reajustar el precio entre 1 y 5 euros a nuestros clientes pero no hemos devuelto las agresiones. [...]*», (folio 3500).

-c) El 28 de abril de 2014, en un correo electrónico interno de la empresa VALDERRIVAS remitido por el Gerente Comercial de Cemento de la Zona Centro al Director Comercial de la Zona Norte, Centro, Sur y Reino Unido, se da cuenta de las agresiones sufridas por parte de Cementos Balboa *«[H]emos tenido unas agresiones de Cementos Balboa en clientes nuestros en Extremadura a través de Cementos Hidalgo. Concretamente se han materializado en la zona (...). Han ofertado (...) el cemento a 48 € salida de fábrica. Además han ofertado la forma de pago a 120 días. Mantenemos los clientes. [...]*», (folio 3513).

-d) El 7 de mayo de 2014, un cliente de VALDERRIVAS en la provincia de Ciudad Real remite un correo electrónico al Gerente Comercial de la Zona Centro. En este correo expresa su desacuerdo en cuanto a la subida de precios del cemento por parte de VALDERRIVAS, por riesgo a perder una gran obra en favor de un competidor suministrado por LAFARGE, que no ha aplicado la misma subida de cemento *«[A] ctualmente tenemos presupuestada una obra, en concreto en Puertollano, de unas 4.000.-TN de cemento, mi empresa tiene opción a adjudicarse dicha obra, pero al comunicar la subida del cemento al cliente, han respondido que la otra empresa competencia (Lafarge), no le ha comunicado ninguna subida, con lo cual tendrá que adjudicar dicha obra a esta central hormigonera.(...) Si no han subido proporcionalmente a la subida que hay de cemento, es lógico que no han tenido subida de cemento (...). No se puede empezar un acuerdo perdiendo esta obra, (...), entiendo que incumplen el acuerdo que ustedes hayan podido llegar con ello en cuanto a la subida de cemento, y deben tomar decisiones, no se pueden dejar engañar de esta manera, la vez anterior sucedió igual, ustedes subieron y perdieron gran cantidad de clientes, incluido yo, ahora sucederá lo mismo [...]*», (folios 3514 y 3515).

-e) El 28 de mayo de 2014, el Director de Negocios de Hormigón, Árido y Mortero de VALDERRIVAS, envía un correo electrónico interno al Director Comercial de la Zona Norte, Centro, Sur y Reino Unido, y al Director de Negocio de España y Portugal, en el que hacen comentarios sobre cómo evolucionan las ventas después de la subida de precio del cemento que han aplicado en las diferentes provincias de la Zona Sur de España *«[A]bajo del todo tenéis un correo muy ilustrativo del [cliente] donde queda claro que Balboa no ha aplicado la subida con carácter general, sino de forma selectiva e incluso a muchos ni siquiera se lo ha comunicado. (...) Holcim en Cádiz, por ahora no tiene intenciones de subir. Las excusas: Que GREMASA no deja de vender en Sanlúcar a clientes de sus clientes. Amenazan con venir a Sevilla a tocar a sus clientes. Que TZB está vendiendo en Gibraltar a la planta de hormigón que es cliente suyo. Que Balboa le ha quitado en Huelva al principal cliente de su distribuidor Delmasur. Dice tener intenciones de hacerlo en Sevilla y Huelva. [...]*», (folios 3516 y 3517).



-f) El 31 de mayo de 2014, en un correo electrónico interno de la empresa VALDERRIVAS, el Gerente Comercial de Cemento de la Zona Centro informa al Director Comercial de la Zona Norte, Centro, Sur y Reino Unido en estos términos *«[N]os consta de manera fehaciente que Lafarge ha dicho a sus distribuidores que pueden ofertar a clientes nuestros en Toledo pero sin dejar nada por escrito. Hemos escuchado accidentalmente la conversación de su comercial con los mismos [...]»*, (folio 3519).

-g) El 9 de junio de 2014, el Director de Negocios de Hormigón, Árido y Mortero de VALDERRIVAS envía un correo electrónico al Director Comercial de la Zona Norte, Centro, Sur y Reino Unido y al Director de Negocio España y Portugal, ambos empleados de VALDERRIVAS, en el que les remite un reporte comercial de fecha 6 de junio de 2014 en el que concreta la actividad comercial en las provincias de Cádiz, Málaga, Huelva, Badajoz, Córdoba y Sevilla. En el cuadro que contiene la información sobre Cádiz, se pueden encontrar referencias a una reunión con otra empresa cementera en la que se comenta una subida de precios del cemento y el suministrador de determinados clientes *«[L]a reunión con CEMINTER: No pueden subir si no venden (...) Serán los últimos en subir, ya que no se fían de Holcim (están muy enfadados con ellos porque han bajado los precios en un par de clientes que compartían, con idea de quedarse con el 100%) Están dispuestos a llegar a acuerdos, pero quieren vender al menos un 50% más. No respetarán a XXX. Y hablaremos de los almacenistas de la Sierra de Cádiz uno a uno. Les gustaría recuperar Hormigones La Red, que ocupan su antigua planta de Surgyps, con el que tenían el acuerdo tácito de comprarles, pero a precio de mercado. Nosotros no le suministramos desde la subida. Quieren mantener Hormigones Domar, en la Rambla (que tampoco nos compra ya) porque le deben 3 cubas. Les pedimos que no interfieran en La Dehesa y lo aceptaron (aunque alegan que también les debe dinero) [...]»*, (folio 4252).

-h) El 16 de junio de 2014, el Gerente Comercial de Cemento Zona Centro de VALDERRIVAS, escribe un correo electrónico al Director Comercial Zona Norte, Centro, Sur y Reino Unido, en el que le comenta las importantes tensiones entre BETÓN CATALÁN y un competidor. La causa son dos obras de [cliente] y [cliente] que BETÓN daba por contratadas y se han llevado supuestamente la desagradable sorpresa de que [competidor] ha apostado también por ellas. Estas obras están dentro del mercado natural de BETÓN por distancia al punto de suministro por lo que no le serían rentables a [competidor]. BETÓN amenaza con represalias y esto supondría un hándicap importante para la consolidación de la todavía frágil subida de precios del cemento. El Director Comercial Zona Norte, Centro, Sur y Reino Unido le responde *«[e]stoy al tanto de estas tensiones, motivadas por ambos, desde mi punto de vista, y para las que ya se está viendo como se puede aliviar esa tensión [...]»*, (folio 3522).

-i) El 19 de junio de 2014, el Director de Negocios de Hormigón, Árido y Mortero de VALDERRIVAS, remitió al Director Comercial Zona Norte, Centro Sur y Reino Unido de VALDERRIVAS, un correo electrónico con el Asunto HOR. CREA CONS-SEVILLA en el que se puede leer esta frase referida a CREA CONS *«[L]es comenté que tendrían un precio de cemento de mercado y no porque no haya mesa les íbamos a bajar el mismo, más cuando ellos son los responsables de la ruptura. El precio en Sevilla está subiendo [...]»*, (folio 4254).

B.- Mercado del hormigón de la Zona Noreste, se sancionaron las prácticas llevadas a cabo por las empresas UNILAND en la zona Noreste de España en el año 2013, 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. Podemos destacar:

-a) En un correo electrónico interno de BETÓN CATALÁN de 2 de agosto de 2013, con asunto *«última oferta en UTE sector can alemán»*, se comentan las ofertas realizadas por parte de esta empresa y de UNILAND.

C.- Mercado del hormigón de la Zona Centro, la sanción fue por intercambio de información comercial sensible, reparto del mercado del hormigón y acuerdo de precios desplegados en el año 2014 en la denominada zona Centro por las empresas BETÓN CATALÁN, VALDERRIVAS, COMERCIAL ARROYO, TENESIVER, HORMIBUSA, LAFARGE, CEMEX y MAHORSA, conforman una infracción única y continuada tipificada en el artículo 1 de la Ley 16/1989 y de la vigente Ley 15/2007. Destacamos:

-a) El 4 de agosto de 2010, se intercambia un correo electrónico entre un Jefe de Planta de la empresa HYMPSA y un empleado de BETÓN CATALÁN en relación con costes de fabricación *«[B]uenos días, Saturnino Nuestros costes de fabricación en la planta de Zamora son: R-100 21.71 €/M3; R-125 22.49 €/M3; R-150 27.09 €/M3; R-175 27.87 €/M3; HM-20. 29.05 €/M3; HA-25. 31.89 €/M3; HA-30. 36.77 €/M3; HA-35 41.22 €/M3 [...]»*, (folio 2038).

-b) El 10 de junio de 2011 se intercambia un correo electrónico entre las empresas BETÓN CATALÁN y VALDERRIVAS. *«[A]preciado Aquilino, tal como te ha comentado (...) necesitamos que nos pases precio de cemento para la planta de Valladolid. El motivo de esta petición es porque tenemos posibilidades de compartir obras con otros hormigoneros y el poder unificar el cemento facilita el llevar a cabo estas operaciones. Como te comente en su día nuestra empresa en otras zonas es una importante compradora de vuestro cemento cosa que también podría ocurrir en el mercado de Valladolid siempre que comercialmente os pueda interesar. [...]»*, (folio 2938).



-c) El 21 de mayo de 2013, un empleado de VALDERRIVAS remite al Director de Negocio de España y Reino Unido de esta misma empresa, un informe sobre Comercial Arroyo, que es una empresa dedicada a materiales de construcción y cliente de VALDERRIVAS. En uno de sus apartados se puede leer «*[P]reocupación por NUESTRA POSICIÓN en el hormigón: El espera que tras nuestra más que probable salida de HYMPSA de Zamora y de Burgos le nombremos heredero y le cedamos las plantas y las obras para el organizar los mercados. Nos ofrece coger él la obra de la autovía Zamora -Benavente, así como la posibilidad de coger varios tramos de AVE en Galicia. [...]*».

-d) El 6 de junio de 2014, en un correo electrónico interno de la empresa VALDERRIVAS, remitido por el Delegado Comercial de Negocio Cemento y Hormigón Zona Centro y cuyo asunto es «Obras reparto», se puede leer «*(...), ayer me dio 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. [...]*», (folio 3520).

D.- Mercado del hormigón de la Zona Sur, hay que distinguir entre las actuaciones llevadas a cabo por HYMPSA en los 2010, 2012, 2013 y 2014, y las que tuvieron lugar directamente por VALDERRIBAS en el año 2014. Resultaron implicadas BETÓN CATALÁN, VALDERRIVAS, ANDEMOSA, HORSEV, PREBRETONG, HISPALENSE, LEFLET, BETONALIA, SURGYPS, POLICHI, PREMACONS PRELHOR, UTRERA y CREAcons, por el intercambio de información comercial sensible, reparto de mercado y acuerdo de precios, constituyendo una infracción única y continuada en esa zona geográfica tipificada en el artículo 1 de la Ley 16/1989. Podemos destacar en relación a quien recurre:

-a) El 5 de junio de 2013, remitió un correo electrónico interno del Departamento de Administración de Cementos Barrero, S.A. (CEBASA), con el Asunto «PREMACON-MARCHENA» en el que se indica «*[c]on motivo de la incidencia producida por PREMACON o CREAcons al alquilar la Planta de HYMPSA en Carmona(Sevilla) y está adjudicándose una Obra en Marchena, se acuerda un abono de 6,00 €/Tn de Cemento tras presentación de factura y solicitando TÚ aprobación, ya que BETONALIA ha tenido que pactar con PREMACON o CREAcons un precio de 41,00€/M3 para un HA25B20, para no perjudicar el mercado de Sevilla. [...]*», (folios 4639 y 4640).

-b) El 27 de agosto de 2013, el Responsable de Hormigón y Cantera de SANDO, remitió al Delegado de Ventas de la zona Sur de VALDERRIVAS, con copia al Director del Área de Materiales y Suministros de SANDO, un correo electrónico con el Asunto «resumen» en el que señalaba «*[p]ara compensar el 3% del mercado de hormigón que cedimos en el acuerdo de hormigones de Sevilla con (...),[...]*», (folio 5486).

-c) El 19 de junio de 2014, el Director de Negocios de Hormigón, Árido y Mortero de VALDERRIVAS, remitió al Director Comercial Zona Norte, Centro Sur y Reino Unido de VALDERRIVAS, un correo electrónico con el Asunto «HOR. CREAcons-SEVILLA» (folio 4254), en el que relataba una reunión celebrada el día anterior por los «*hormigoneros de Sevilla*» donde los representantes de CREAcons solicitaron tener el porcentaje que antes tenía HYMPSA y se produjo una discusión entre los participantes con el abandono de los representantes de CREAcons de la reunión. Entre otras conclusiones, el remitente considera que «*es buena noticia que se rompa la mesa hormigón de Sevilla*».

-d) Consta un documento comercial elaborado por VALDERRIVAS en marzo de 2015, en el que se analizan las principales empresas de hormigón que están ofertando para el tramo de la S-40 de Alcalá de Guadaíra a Dos Hermanas, se recoge que «*[B]etonalia, Hispalenses y [confidencial] van a pasar precio conjunto [...]*», (folio 5329).

-e) En el apartado de los hechos probados no aparece una sola referencia a la participación de HYMPSA.

-f) La resolución sancionadora en la parte de los fundamentos justifica, al folio 121, la participación de HYMPSA con la remisión a los folios 4648 4649, 3787, 4651 y 4652, 4646, 4639 y 4640, 4663 y 4664, 4665 y 4666, 4667 a 4672, 4675 y 4676, 4677 y 4678, párrafo 187 del PCH, 4693 y 4694, 4701 y 4702, 4733, 4745 y 4746, 4747 y 4748, 4789 y 4790, 4801 y 4802.

SEXTO.- Antes de tratar los motivos de fondo en los que se centra la demanda, no está de más que recordemos la naturaleza de la infracción única y continuada y el alcance de prueba por indicios, puesto que se trata de dos aspectos directamente cuestionados por el escrito de demanda.

En cuento a la primera, se ha considerado que estamos ante una infracción única y continuada cuando se participa en prácticas colusorias que constituyen (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, Puffers International NV, (apartados 34 y 35).

Se destaca en este concepto la idea de unicidad y la de continuidad de la infracción. En cuanto al carácter único, se aprecia cuando hay identidad de los objetivos de las prácticas consideradas, STG de 20 de marzo de 2002, Dansk Rørindustri/Comisión, T21 /99, Rec. p. II1681, apartado 67, STJUE de 21 de septiembre de

2006, Technische Unie/Comisión, C113/04 P, Rec. p. I88 31, apartados 170 y 171, y la STG de 27 de septiembre de 2006, Jungbunzlauer/Comisión, T43 /02, Rec. p. II3435, (apartado 312); en la 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, no publicada en la Recopilación, (apartados 118, 119 y 124), y STG Jungbunzlauer/Comisión, (apartado 312); en la identidad de las empresas que han participado en la infracción STG Jungbunzlauer/Comisión, (apartado 312); y en la identidad de sus formas de ejecución STG Dansk Rørindustri/Comisión, (apartado 68). Además, también se pueden tener en cuenta para ese examen la identidad de las personas físicas intervinientes por cuenta de las empresas y la identidad del ámbito de aplicación geográfico de las prácticas consideradas.

Por lo que respecta a la continuidad, una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, puede resultar no solo de un acto aislado sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir, por sí mismos y aisladamente considerados, una infracción de la citada disposición. Las diversas acciones se inscriben en un «plan conjunto» con un idéntico objeto que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, lo que permite imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto, STJUE de 24 junio 2015, asunto C-263/2013, (apartado 156).

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, T103/95 y T10 4/95, Rec. p. II491, (apartados 4027 y 4112).

En segundo término, y por lo que respecta a la llamada prueba indiciaria para justificar la culpabilidad del infractor, quien sanciona parte de un hecho conocido y cierto del que a través de un razonado proceso de análisis deductivo se concluye la existencia de otro desconocido, hasta ese momento, pero también cierto y veraz, donde se culmina y manifiesta la conducta infractora y la culpabilidad de quien la cometió.

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

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

No olvidemos que el TJUE ha exigido que la incriminación se ponga de manifiesto con pruebas precisas y concordantes para asentar la firme convicción de que la infracción tuvo lugar (véanse en ese sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1993, Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85, Rec. p. I-1307, apartado 127; del Tribunal General de 6 de julio de 2000, Volkswagen/Comisión, T-62/98, Rec. p. I-2707, apartados 43 y 72).

SÉPTIMO.- Sentados estos postulados, debemos analizar si en los supuestos enjuiciados estamos ante infracciones únicas y continuadas y cómo se valoró, en cada caso, la culpabilidad del infractor a la luz de los elementos incriminatorios destacados por el acuerdo sancionador.

Como advertíamos, la diversidad de las zonas y los dos productos en torno a los que cometieron las prácticas colusorias, exige dar una respuesta y un análisis separados para cada supuesto.

En cuanto a la infracción en el mercado del cemento a nivel nacional en los años 2013 y 2014, afirma la actora que los correos y la documentación en la que se sustenta la infracción está descontextualizada y no revelan, ni por indicios, la infracción por la que se la sanciona. Analiza cada uno de los datos aportados por el acuerdo sancionador, explica su contenido y echa en falta una concreta respuesta de la Administración a sus alegaciones.

Observamos que la práctica totalidad de correos tienen como destinatarios a trabajadores o encargados de la propia empresa y no fueron remitidos o redirigidos a terceros. Se hacían diferentes valoraciones sobre el mercado, los competidores, algunos clientes y la crítica situación en la que se encontraba la recurrente.



Echamos en falta la conexión de VALDERRIVAS con las empresas CEMEX, CEMINTER y HOLCIM. Omite la resolución sancionadora la descripción del plan preconcebido y el acuerdo para poder encajar los hechos dentro del marco de una infracción única y continuada.

Sobre este extremo solo se dice al folio 87 que *«[E]l examen el de las conductas a la luz de la jurisprudencia citada permite concluir que nos encontramos ante la existencia de varias infracciones únicas y continuadas, al poder identificarse diversos elementos de unidad de actuación y finalidad en cada uno de los mercados. Así, el mercado del cemento se ha llevado a cabo una infracción única y continuada en el periodo ya señalado, y en el mercado del hormigón cabe apreciar la existencia de una infracción única y continuada en cada una de las zonas definidas (noreste, centro y sur) [...]»*. Nada concreto y nada preciso.

Recordemos que para que podamos hablar de una infracción única y continuada es necesario la existencia de un plan preconcebido y la consciente participación o asunción por el infractor de ese acuerdo. No se describe, se examina o se analiza el plan, ni tan siquiera las trazas de su existencia que simplemente se presume. Es más, del contenido de varios de los correos internos cabría deducirse conclusiones opuestas a las expresadas por la Administración. No hay constancia ni de la existencia de un plan global que persigue un objetivo común, ni de la contribución intencional de la empresa a ese plan.

OCTAVO.- En cuanto al mercado del hormigón, zona Centro año 2014, dice la actora que la infracción se sustenta en un correo interno de VALDERRIBAS, que perseguía la posibilidad de que MAHORSA se hiciera cargo de alguna de las obligaciones de suministro de hormigón que pesaban sobre HYMPSA, a raíz de su salida del mercado.

Las deficiencias en torno al plan preconcebido, inherente a la infracción única y continuada en este sector y zona, brillan por su ausencia, por lo que baste con lo dicho en el anterior fundamento.

También tenemos que añadir que la motivación de la culpabilidad, por si no fuera suficiente con la inexistencia del plan preconcebido, esta huérfana de motivación.

Destaca el acuerdo sancionador un correo de 4 de agosto de 2010, entre un Jefe de Planta de la empresa HYMPSA y un empleado de BETÓN CATALÁN, en relación con costes de fabricación con una detallada información que nunca debería circular entre competidores. El 10 de junio de 2011 se intercambia un correo electrónico entre empleados de BETÓN CATALÁN y VALDERRIVAS, en el que se interesan por los precios del cemento para la planta de Valladolid con idea de unificar el importe con otros competidores. El 21 de mayo de 2013, consta un correo donde muestran su preocupación la futura cesión de plantas, ante la salida del mercado de HYMPSA a cambio de la obra de la autovía Zamora-Benavente y varios tramos de AVE en Galicia. En otro correo interno de 6 de junio de 2014, se informa de un reparto de obras al que se había llegado tras una reunión con LAFARGE, BETON, CEMEX y MAHORSA. Sobre estos extremos la demanda eluda dar una explicación, probablemente porque no existe una razonable, más allá de los contornos de la infracción por la que es sancionada.

No comprendemos porque la CNMC, en la relación de hechos probados, incluye comunicaciones de los años 2010, 2011 y 2012, cuando la infracción solo se circunscribe al año 2014. En este periodo solo tiene relevancia el último de los correos citados, que era de carácter interno, y donde al parecer tiene lugar un reparto de obras. Sobre esta cuestión, la demanda dio una respuesta más que razonable respecto a la salida de HYMPSA del mercado, hecho que tuvo lugar en el año 2014. Se planteaba su sustitución por varias empresas del sector en las diferentes obras que todavía estaban pendientes para evitar penalizaciones e incumplimientos de contratos.

Ante una explicación razonable no puede despacharse la CNMC con la coletilla «lo dicho no desvirtúa», con la que respondió al trámite de alegaciones. Estas mismas alegaciones se repiten en el escrito de demanda, y podemos constatar que no recibieron una adecuada respuesta y sí constituyen una razonable explicación del contenido del correo interno en el que se sustenta el peso de la prueba, sin otro elemento incriminatorio que justifique esta infracción.

NOVENO.- En cuanto al Mercado del hormigón Zona Noreste, se sancionó por las prácticas llevadas a cabo por la empresa UNILAND en el año 2013, consistentes en intercambio de información comercial sensible, reparto de mercado del hormigón y acuerdo de precios.

En este caso, la responsabilidad se apoya en un único correo interno de BETÓN CATALÁN de 2 de agosto de 2013, con asunto «última oferta en UTE sector can alemán», donde comentan las ofertas realizadas por parte de esta empresa y de UNILAND.



Las deficiencias de motivación en torno a la culpabilidad en este caso, lejos de despejarse, resultan más evidentes si cabe. A las razones ya aludidas se le añade que la única prueba puesta en valor por la CNMC es el correo de un tercero donde se alude a UNILAND.

Ni tan siquiera estamos ante la existencia de una prueba por indicios. El único hecho conocido y cierto es el correo interno de un tercero, en el que ni participó ni se dirigió o redirigió a UNILAND, solo se hace referencia a la actora. No tenemos constancia que, respecto a ese tercero y en relación a la actora, los hechos a los que se refiere o indica ocurrieran o tuvieran lugar en esos términos o que en la información intercambiada hubiera tenido efectiva participación quien aquí recurre.

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

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

En consecuencia, la prueba sobre la que descansa la imposición de la sanción no despeja toda duda sobre la participación de la actora en el cártel, no permite imputarle las prácticas anticompetitivas por las que se la sanciona y, mucho menos, al periodo al que se le extienden.

DÉCIMO.- Resta por examinar la infracción relativa al hormigón, zona Sur, por conductas directamente imputadas a VALDERRIBAS en el año 2014, y a HYMPSA en los años 2010, 2012, 2013 y 2014.

Respecto de la infracción imputada a VALDERRIBAS, se explica en un correo 27 de agosto de 2013, que el responsable de Hormigón y Cantera de SANDO, remitió al Delegado de Ventas de la zona Sur de VALDERRIVAS, con copia al Director del Área de Materiales y Suministros de SANDO, un correo electrónico con el Asunto «resumen» en el que señalaba *«[p]ara compensar el 3% del mercado de hormigón que cedimos en el acuerdo de hormigones de Sevilla con (...),[...]»*, (folio 5486).

El otro correo inculpativo es de 19 de junio de 2014, del Director de Negocios de Hormigón, Árido y Mortero de VALDERRIVAS, remitido al Director Comercial Zona Norte, Centro Sur y Reino Unido de VALDERRIVAS, con el Asunto «HOR. CREA CONS-SEVILLA» (folio 4254), en el que relataba una reunión celebrada el día anterior por los *«hormigoneros de Sevilla»* donde los representantes de CREA CONS solicitaron tener el porcentaje que antes tenía HYMPSPA y se produjo una discusión entre los participantes con el abandono de los representantes de CREA CONS de la reunión. Entre otras conclusiones, el remitente considera que *«es buena noticia que se rompa la mesa hormigón de Sevilla»*.

Por último, consta un documento comercial elaborado por VALDERRIVAS en marzo de 2015, en el que se analizan las principales empresas de hormigón que estaban ofertando para el tramo de la S-40 de Alcalá de Guadaíra a Dos Hermanas, en el que se recoge que *«[B]etonalia, Hispalenses y [confidencial] van a pasar precio conjunto [...]»*, (folio 5329).

El primer y último correo no podemos tomarlos en consideración como elementos de prueba porque se refieren a años que no son objeto de la infracción sancionada, circunscrita a 2014. El único elemento de prueba relevante es el correo del año 2014, que es una comunicación interna entre empleados de VALDERRIBAS, a la que le debemos hacer las mismas objeciones expresadas en los fundamentos anteriores, en cuanto a la inexistencia del plan preconcebido.

En el caso de HYMPSPA, la falta de prueba es todavía más relevante. La única referencia en el capítulo de hechos probados del acuerdo sancionador está en el correo interno del 5 de junio de 2013, del Departamento de Administración de Cementos Barrero, S.A. (CEBASA), con el Asunto «PREMACON-MARCHENA» en el que se indica *«[c]on motivo de la incidencia producida por PREMACON o CREA CON al alquilar la Planta de HYMPSPA en Carmona (Sevilla) y está adjudicándose una Obra en Marchena, se acuerda un abono de 6,00 €/Tn de Cemento tras presentación de factura y solicitando TÚ aprobación, ya que BETONALIA ha tenido que pactar con PREMACON o CREA CON un precio de 41,00€/M3 para un HA25B20, para no perjudicar el mercado de Sevilla. [...]»*, (folios 4639 y 4640).

Nada más hay en relación a HYMPSPA, salvo la referencia que hace el acuerdo sancionador al folio 121, cuando se habla de su participación y para ello se remite a los folios 4648 4649, 3787, 4651 y 4652, 4646, 4639 y 4640, 4663 y 4664, 4665 y 4666, 4667 a 4672, 4675 y 4676, 4677 y 4678, párrafo 187 del PCH, 4693 y 4694, 4701



y 4702, 4733, 4745 y 4746, 4747 y 4748, 4789 y 4790, 4801 y 4802. Se echa en falta una mayor precisión y rigor en la motivación por referencia, cuando ni se especifica ni se detalla el contenido o la carga probatoria que se contiene en esos folios.

Como tuvimos ocasión de decir en nuestra sentencia de 9 de julio de 2020, recurso 302/2016 «[N]uestra labor no es completar ni suplir lo que la Administración pudo o debió hacer, sino revisar la resolución sancionadora y comprobar si en ella se encuentran los elementos de juicio suficientes, y si la Administración ha sido capaz de valorarlos de manera adecuada al ejercicio de la potestad desplegada para poder confirmar o anular la sanción impuesta.

Y para que podamos identificar las conductas incriminatorias con el rigor que debiera caracterizar un procedimiento de esta naturaleza debemos centrarnos en el acuerdo sancionador. Debe ser esta resolución un documento completo que permita sin mayores dificultades comprender y examinar cuál es la participación del sancionado, cuáles han sido los elementos probatorios en los que se sustenta, el razonamiento en torno a la responsabilidad que se imputa anudando la acción o la omisión a un concreto tipo infractor.

Tampoco podemos suplir el acuerdo sancionador con extremos traídos al expediente en fases anteriores del procedimiento de instrucción, salvo expresa remisión o referencia del propio acuerdo sancionador, como podría ocurrir con el Pliego de Concreción de Hechos. Este momento del procedimiento está previsto, según el artículo 50.3 de la LDC, para recoger "*los hechos que puedan ser constitutivos de infracción (...)*", y para que el interesado pueda contestarlo y proponer las pruebas que considere oportunas. Ni tan siquiera se contiene en este momento propuesta de resolución sancionadora que se deja para más tarde, una vez concluido el procedimiento de instrucción. [...]».

UNDÉCIMO.- Todo lo razonado nos conduce a la íntegra estimación del presente recurso, sin que resulte necesario analizar el resto de los motivos invocados, con la anulación de resolución impugnada en lo que afecta a la sanción impuesta a la recurrente, y las entidades HYMPSA y UNILAND.

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

FALLAMOS

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

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **notificación**; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción, justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.