



Roj: **SAN 4176/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:4176**

Id Cendoj: **28079230062020100385**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **14/12/2020**

Nº de Recurso: **504/2016**

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: 0000504 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05845/2016

Demandante: ARIDOS Y HORMIGONES HISPALENSES S.L.

Procurador: D. JUAN CARLOS GALVEZ HERMOSO DE MENDOZA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a 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 **504/2016**, el recurso contencioso-administrativo formulado por **ÁRIDOS Y HORMIGONES HISPALENSES, S.L.** representada por el procurador don Juan Carlos Gálvez Hermoso de Mendoza 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 96.696 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 «[a)] Anule el acto administrativo objeto de impugnación, con todos los pronunciamientos legales favorables derivados de dicho reconocimiento, y al pago de las costas. Es Justicia.

b) Subsidiariamente y para el caso de no ser acogida la anterior petición, se reduzca proporcionalmente la sanción conforme a los fundamentos expuestos en la presente demanda, ajustándose la sanción conforme a Derecho y en aplicación de los artículos 63 y 64 LDC a criterios más adecuados de proporcionalidad y no expresivos de arbitrarios agravios comparativos con respecto a otras de las empresas sancionadas, lo cual prudencialmente estimamos -salvo mejor criterio del Tribunal- en una sanción no superior a 36.678 euros, con todos los pronunciamientos legales favorables derivados de dicho reconocimiento, y pago de las costas. Es Justicia. [...]».

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 ÁRIDOS Y HORMIGONES HISPALENSES, S.L. una sanción consistente en una multa de 96.696 euros por la comisión de una infracción por participar en un intercambio de información comercial sensible y reparto del mercado del hormigón en la zona Sur.

En la parte dispositiva de esa 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:

(...)

3. ARIDOS Y HORMIGONES HISPALENSE, S.L. por participar en un intercambio de información comercial sensible, reparto del mercado del hormigón en la zona Sur.

(...)

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

(...)

3. ARIDOS Y HORMIGONES HISPALENSE, S.L.: 96.696 euros [...]»

Como resumen de los hitos más relevantes del expediente 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 25 de abril de 2015 la DC acordó la ampliación de la incoación del expediente sancionador, entre otras a la actora.

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

5.- 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).

6.- 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.

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

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

SEGUNDO.- Comienza el escrito de demanda afirmando que (i) procede la nulidad de la resolución por caducidad del expediente sancionador ya que ha transcurrido el plazo máximo para la finalización de la fase de instrucción previsto en el artículo 28.4 Real Decreto 261/2008, y por haberse superado el plazo máximo para dictar y notificar el acuerdo sancionador a tenor del artículo 36 y 38 Ley 15/2007. (ii) La vulneración de los principios de legalidad y seguridad jurídica del artículo 9 de la CE por el cambio de la calificación que inicialmente llevó a cabo el PCH. (iii) La vulneración del principio de presunción de inocencia y principio in dubio pro reo, por la ausencia de prueba de cargo suficiente para sancionar. Todas las pruebas se sustentan en determinados correos electrónicos y documentos elaborados unilateralmente por otras dos empresas sancionadas, BETÓN CATALÁN y HORSEV, en los que se refieren a la actora y en los que se intercambian cuadros y tablas de empresas hormigoneras; concretamente el Documento Excel de 8-05-2013 denominado "juegos de mesa" recabado en el ordenador de un comercial de CREACONS y ciertos mensajes de whatsapp en los que no intervino la recurrente. Del mismo modo, consta un correo electrónico interno de VALDERRIBAS, de 19 de junio de 2014, en el que se relataba una reunión celebrada el día anterior por los hormigoneros de Sevilla, pero no dirigido a HISPALENSE. (iv) Por último, alega la infracción del artículo 64 Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación a los criterios para la determinación del importe de las sanciones, y vulneración del principio de proporcionalidad.

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 cuestiones de índole formal y de fondo.

Dentro de las primeras identificamos las quejas en torno a la caducidad y a la indefensión por alteraciones en la calificación de las conductas.

En cuanto a la primera, invoca la parte algo que sostuvo esta Sala en anteriores sentencias y entre otras en la de 25 de enero de 2016, recurso 570/2013, sobre ineficacia de las suspensiones adoptadas con posterioridad al transcurso del plazo de 18 meses a que se refiere el artículo 36.1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Sin embargo, este criterio ha sido corregido por el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de julio de 2016, recurso 3811/2015, así como en otros pronunciamientos posteriores que acogen igual interpretación, por lo que debemos apartarnos de lo dicho por esta Sala sino queremos entrar en contradicción con lo dicho por el Tribunal Supremo.

CUARTO.- La otra discrepancia que calificamos como defecto forma es el cambio de calificación que hizo el órgano sancionador respecto de la fijada por el DI en el PCH.

Las dudas sobre alteración de la calificación contenida en la propuesta de resolución han sido despejadas por la STS 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 conllevaba la invalidez de la resolución sancionadora en tanto no se hubiera producido indefensión [...]»; 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 que ha sido circunscrito por el Tribunal Supremo en 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 las dudas formales, entremos en los motivos de fondo invocados en el escrito de demanda y seguiremos que puede recibir una respuesta conjunta.

Para esta labor es necesario, en primer término, identificar correctamente cuáles son los hechos probados de los que parte la resolución sancionadora. Acto seguido, valoraremos como la Administración ha motivado la participación de la recurrente en el cártel por la comisión de una infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC, por intercambio de información comercial sensible y reparto del mercado del hormigón en la zona sur en 2010 y desde 2012 a 2014, en los siguientes extremos:

1.- En el ordenador portátil del Delegado comercial de la zona de Sevilla en BETÓN CATALÁN, fueron recabados dos documentos Excel denominados «QUINCENAL 06-07.xls» y «Seguimiento obras.xls» en el que se recogen 15 tablas que contienen distintas relaciones de obras (folio 4645), en el que al parecer aparece referida HISPALENSE y sirvió como base para que la DC confeccionara una tabla en la que se hace una relación de empresas, distinguiéndose entre adjudicatarias reales y adjudicatarias del club.

2.- El 15 de enero de 2014, alguien de BETONALIA, creó un grupo de whatsapp denominado «Hormigón», en el que incluyó entre otra a HISPALENSE, grupo que abandonó la actora sin que se registrara el intercambio por su parte de ningún mensaje.

3.- Se localiza 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, y se recoge lo siguiente: «*Betonalia, Hispalenses y [confidencial] van a pasar precio conjunto*» (folio 5329).

4.- Se concluye que HISPALENSE es responsable de una infracción consistente en intercambio de información comercial sensible y reparto del mercado del hormigón en la zona sur en 2010 y desde 2012 a 2014, conductas que «*quedan acreditadas, al menos, en los siguientes folios: 4636, 4648 y 4649, 4651 y 4652, 4890, 4663 y 4664, 4665 a 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*», (folio 124).

SEXTO.- Descritos los hechos considerados probados respecto de la participación de la actora, debemos valorar si fue correcta la motivación en cuanto a su participación y culpabilidad en la infracción, y si fueron correctamente asentadas y se respetaron los estándares mínimos que exige nuestro derecho sancionador.

Podemos anticipar que la infracción imputada a HISPALENSE esta huérfana de motivación. Y las carencias son varias.

En primer lugar, no estamos ante el resultado de una prueba indiciaria que nos permita intuir la participación de la actora en el cártel. En la prueba indiciaria se 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.

Este proceso debe estar trabado con la suficiente fuerza persuasiva que lleve, sin dudas, a la convicción de quien juzga 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 el hecho 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).

En el presente litigio solo tenemos constancia de determinada documentación en poder de un tercero, relatando extremos en los que no tenemos constancia de la efectiva participación de la actora, y tampoco se nos dice que a ella le fuera remitida. Lo único cierto es que se hace referencia HISPALENSE pero nada más.

No sabemos si los hechos a los que se refiere o indica fueron ciertos, hubieron tenido lugar, 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, cuanto menos, 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, su participación o conocimiento de la infracción. El rumor debe estar confirmado por otras actuaciones y debidamente expuesto en el proceso de motivación a la hora de imponer la sanción.

En este tipo de intervenciones, 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 segundo lugar, la infracción que se le imputa a la actora ha sido calificada como única y continuada, lo que tiene lugar 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, como nos recordó la STJUE de 16 de junio de 2011, Asunto T-211/08, Putters International NV, (apartados 34 y 35).

Llama poderosamente la atención que con el solo dato de los correos donde aparece citado un tercero pueda hacer la Administración partícipe al citado, no ya en la concreta infracción que pudiera desprenderse de la conversación mantenida entre dos ajenos, sino en un plan global con un objetivo común que le suponga su intención de participar y se le presuma el conocimiento de los comportamientos del resto de los integrantes.

Por último, no podemos dejar de subrayar que los folios citados en la resolución sancionadora para justificar la participación de HISPALENSE, y que hemos destacado en el punto 4 del anterior fundamento, se refieren indiscriminadamente a varias empresas. Y lo más grave es que no se detalla cómo, a partir de estos folios, se justifica su participación en la conducta imputada.

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. [...]».

En definitiva, solo podemos concluir que la prueba sobre la que descansa la imposición de la sanción no despeja toda duda sobre la participación de la actora en el cártel, ni permite imputarle las prácticas anticompetitivas en los periodos por las que se la sanciona.

SÉPTIMO.- 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.

OCTAVO.- 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 **ÁRIDOS Y HORMIGONES HISPALENSES, S.L.** contra la resolución de 5 de septiembre de 2016, S/DC/0525/14 CEMENTOS, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, que anulamos en la parte de la infracción y sanción impuestas a la actora, 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.

PUBLICACIÓN.- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su notificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ