



Roj: **SAN 4286/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:4286**

Id Cendoj: **28079230062020100430**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **10/12/2020**

Nº de Recurso: **506/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000506 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05860/2016

Demandante: HORMIGONES POLICHI, S.L.

Procurador: D^a CARMEN ECHEVARRÍA TERROBA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

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 diez de diciembre de dos mil veinte.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. **506/2016** promovido por la Procuradora D^a Carmen Echevarría Terroba, en nombre y representación de **HORMIGONES POLICHI, S.L.**, contra la Resolución de fecha 5 de septiembre de 2016 dictada por la Sala de Competencia del Consejo Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en Expediente número S/DC/0525/14 CEMENTOS / mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 12.003 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando que se



dicte sentencia por la , estimando íntegramente el Recurso interpuesto, declare que la Resolución impugnada no es ajustado a Derecho, anulándola, y condenando en costas al Organismo Público demandado.

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

TERCERO. - Acordado el recibimiento del recurso a prueba con el resultado obrante en autos, quedaron las actuaciones concluidas para deliberación, votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 11 de noviembre del año en curso,

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Dña. Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - A través de este proceso la entidad actora impugna la Resolución de fecha 5 de septiembre de 2016 dictada por la Sala de Competencia del Consejo Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en Expediente número S/DC/0525/14 CEMENTOS / mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 12.003 euros.

La parte dispositiva de dicha resolución era del siguiente tenor literal:

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

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

14. HORMIGONES POLICHI, S.L. por participar en un intercambio de información comercial sensible y reparto del mercado del hormigón en la zona Sur

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

14. HORMIGONES POLICHI, S.L.: 12.003 euros [...]

CUARTO. - Intimar a las empresas sancionadas para que en el futuro se abstengan de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.

QUINTO. - Instar a la Dirección de Competencia de esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para que vigile y cuide del cumplimiento íntegro de esta Resolución.

(...)".

Como antecedentes procedimentales de interés para resolver el litigio merecen destacarse, a la vista de los documentos que integran el expediente administrativo, los siguientes:

1) La Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), tras acceder a determinada información relacionada con posibles prácticas anticompetitivas en los mercados del cemento, hormigón y productos relacionados, inició una información reservada con el número de 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 2014, corregidas por Acuerdo de 12 de septiembre siguiente(folios 209 a 210 expte) , la Dirección de Competencia (DC) realizó inspecciones domiciliarias simultáneas los días 16 a 18 de septiembre de 2014 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) Con fecha 22 de diciembre de 2014 y de conformidad con el artículo 49.1 de la LDC, la DC acordó la incoación del expediente sancionador S/DC/0525/14 CEMENTOS 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, contra las siguientes entidades:) Betón Catalán S.A., 2) Cementos Molins Industrial S.A. (CMI), 3) Promotora Mediterránea 2 S.A. (PROMSA), 4) Hanson Hispania, S.A. (HANSON), 5) Cemex España Operaciones, S.L.U., 6) Tenesiver S.L., 7) Comercial Arroyo Construcción S.A., 8) Hormigones Giral S.A., 9) Cementos Portland Valderrivas, S.A., y 10) Cementos Lemona, S.A, procediéndose a notificar el acuerdo de incoación a las diez interesadas en la misma fecha de 22 de diciembre de 2014 (folios 1168 a 1217).



4) Incorporada al expediente 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. se concedió a las incoadas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la LDC, un plazo de diez días, para solicitar la confidencialidad de aquellos documentos que consideraran oportuno, aportando la correspondiente versión censurada de los mismos.

5) 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 las siguientes empresas: 1) MATERIALES Y HORMIGONES, S.L., 2) LAFARGE CEMENTOS, S.A., 3) HOLCIM ESPAÑA, S.A. y 4) HORMIBUSA, S.L., procediéndose a notificar el acuerdo de ampliación de incoación a las interesadas en la misma fecha.

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 las siguientes 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 (PCH) concediendo 15 días para la presentación de alegaciones.

9) En el Pliego de concreción de hechos, las prácticas sancionadas son calificadas como constitutivas de una infracción única, compleja y continuada tipificada en el artículo 1 de la Ley 16/1989 y de la vigente LDC, consistente en el mercado del cemento e intercambios de información sensible, reparto del mercado y acuerdo de precios en el mercado del hormigón y acuerdo de precios en el mercado del hormigón

10) Presentados los escritos de alegaciones por las empresas incoadas, con fecha de 22 de febrero de 2016 se les notificó el expediente el cierre de la fase de instrucción (folios 8878 a 8904) y el 8 de marzo se dictó Propuesta de Resolución.

11) En la propuesta de Resolución se modifica la calificación jurídica de los hechos acreditados de la siguiente forma:

a) En el mercado de cemento, las prácticas llevadas a cabo por VALDERRIVAS, CEMEX, CEMINTER y HOLCIM, consistentes en intercambio de información sensible y reparto de mercado de cemento del año 2013 al 2014 conforman una infracción única y continuada a nivel nacional tipificada en el artículo 1 de la Ley 16/1989 y de la vigente Ley 15/2007.

b) En el mercado del hormigón,

i. En la zona Noreste de España, las prácticas llevadas a cabo por BETON CATALÁN, VALDERRIVAS, CEMEX, HANSON, LAFARGE Y PROMSA, consistentes en intercambio de información comercial sensible, reparto de mercado del hormigón y acuerdo de precios desde 1999 hasta 2014, conforman una infracción única y continuada en esa zona geográfica tipificada en el artículo 1 de la Ley 16/1989 y de la vigente Ley 15/2007.

ii. En la zona Centro de España, las prácticas llevadas a cabo por BETON, CATALÁN, VALDERRIVAS, COMERCIAL ARROYO, TENESIVER, HORMIBUSA, LAFARGE, CEMEX y MAHORSA, consistentes en el intercambio de información comercial sensible, reparto del mercado del hormigón y acuerdo de precios desde el 2009 hasta el 2014, conforman una infracción única y continuada en esa zona geográfica tipificada en el artículo 1 de la Ley 16/1989 y de la vigente Ley 15/2007.

iii. En la zona Sur de España, las prácticas llevadas a cabo por BETON CATALÁN, VALDERRIVAS, ANDEMOSA, HORSEV, PREBETONG, HISPALENSE, LEFLET, BETONALIA, SURGYPS, POLICHI, PREMACONS PRELHOR, UTRERA y CREAONS, consistentes en el intercambio de información comercial sensible, reparto de mercado y acuerdo de precios desde 2005 hasta 2014 conforman una infracción única y continuada en esa zona geográfica tipificada en el artículo 1 de la Ley 16/1989 y de la vigente Ley 15/2007.



12) Presentadas las alegaciones frente a la propuesta de Resolución, 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 Propuesta de Resolución y se remitió el expediente al mismo para su resolución.

13) 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.

14) Superado el plazo previsto en el Acuerdo de 20 de junio de 2016, la suspensión acordada se levantó con fecha de efectos de 17 de julio de 2016, continuando el cómputo del plazo para dictar Resolución.

15) 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, la resolución recurrida, cuando aborda la cuestión relativa a las partes intervinientes, describe a la ahora recurrente en los siguientes términos:

26. HORMIGONES POLICHI, S.L. ("POLICHI").

POLICHI es una empresa hormigonera con sede social en Guillena (Sevilla).

Cuenta con 3 empleados. No ha respondido a los requerimientos de información de la CNMC, en el marco de este expediente y ha publicado sus cuentas en los últimos años, pero la sociedad no aparece como disuelta.

El último ejercicio para el que se dispone de su volumen de negocios es 2012, en el que facturó 300.071 €

Con carácter general, la resolución recurrida recoge el marco normativo y el régimen jurídico aplicable al cemento y, en especial la Directiva 89/106/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, posteriormente, la citada Directiva 89/106/CEE, modificada por la Directiva 93/68/CEE de Mercado CE, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros sobre los productos de construcción, cuyo objetivo es la supresión de las barreras técnicas en el sector de los productos de construcción, a fin de impulsar su libre circulación en el mercado interior, que fue traspuesta al ordenamiento jurídico español por el Real Decreto 1630/1992, de 29 de diciembre, por el que se dictan disposiciones para la libre circulación de productos de construcción. Cita también el Reglamento (CE) nº 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos, y la Decisión nº 768/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, sobre un marco común para la comercialización de los productos. En el ámbito nacional, el Real Decreto 956/2008, de 6 de junio, por el que se aprueba la instrucción para la recepción de cementos y Real Decreto 1247/2008, de 18 de julio, la instrucción de hormigón estructural.

A continuación, señala la resolución recurrida que los mercados afectados y donde se producen las prácticas investigadas son los del cemento, hormigón y sus productos relacionados. En concreto los códigos NACE correspondientes a los mercados afectados por las conductas son fundamentalmente 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, en hornos de gran potencia, en los que se calcinan los minerales básicos (tales como caliza y arcilla) se obtiene el Clinker y que éste se muele posteriormente para obtener el cemento. En los precedentes nacionales y comunitarios, se han diferenciado dos mercados según el tipo de cemento: el gris, ampliamente utilizado en la construcción, y el blanco, utilizado principalmente para fines decorativos, y de precio más elevado que el anterior. Por lo demás precisa que las conductas investigadas en el presente expediente se centrarían básicamente en el mercado de cemento gris que puede comercializarse a granel, o en sacos

Y por lo que se refiere al hormigón, expone que se utiliza como producto intermedio, entre otros, para la producción de hormigón y sus derivados. Que se obtiene por la mezcla de dicho producto con áridos, agua, aditivos y adiciones. Atendiendo a su elaboración, la Comisión Europea y la CNMC han distinguido entre hormigón de obra o in situ y hormigón industrial. Dentro de este último, se ha distinguido entre hormigón preparado (ready-mix) y hormigón seco. Especifica que el hormigón preparado es un 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, que es el de mayor venta, 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.



Añade que 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 y que, entre los productos relacionados con los mercados de hormigón y cemento, se encuentran los morteros, un material de construcción obtenido de la mezcla de un aglomerante (cemento y/o cal), árido y agua. Para terminar, expone que los áridos son materiales granulares que sirven como base en muchas aplicaciones de la construcción.

En el Pliego de concreción de hechos se señaló que los dos mercados (de cemento y de hormigón) afectados por las conductas analizadas se encuentran estrechamente vinculados entre sí, puesto que el cemento constituye la materia prima esencial para la fabricación del hormigón. De hecho, las principales empresas cementeras se encuentran verticalmente integradas, estando presentes de forma simultánea en ambos mercados, lo que refuerza la vinculación entre ambos. Al tratarse de mercados verticalmente relacionados, las conductas llevadas a cabo en uno de ellos necesariamente han de tener impacto en el otro y que el hecho de que existieran acuerdos entre competidores en los dos eslabones de la cadena no solamente era perfectamente conocido por las empresas hormigoneras, sino que, además, unas y otras se beneficiaban de los acuerdos puestos en práctica en el otro mercado, dependiendo estos beneficios del mantenimiento de los mismos.

Se consigna en la resolución recurrida que el mercado geográfico afectado es el mercado nacional, puesto que están 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. Añade que los intereses de los participantes en ambos mercados están alineados en el sentido de que todos se benefician del mantenimiento de un elevado nivel de precios

Delimitado de este modo el mercado afectado, la resolución recurrida aborda la descripción de los hechos probados en el expediente a través de la documentación incorporada al mismo, obtenida en las inspecciones que llevó a cabo los días 16 y 17 de septiembre de 2014 en los locales y oficinas de la asociación ANEFHOP y de las sociedades VALDERRIVAS, MOLINS, BETÓN y CEMEX y los días 27 y 28 de mayo de 2015 en las sedes de CREA CONS, VALDERRIVAS, HORSEV y BETONALIA, y, concluye que en el presente expediente han quedado acreditadas las siguientes infracciones:

a) En el mercado de cemento, una infracción única y continuada a nivel nacional llevada a cabo por las empresas VALDERRIVAS, CEMEX, CEMINTER y HOLCIM, consistente en intercambio de información sensible y reparto de mercado de cemento en los años 2013 y 2014.

b) En el mercado del hormigón,

i. En la zona Noreste de España, una infracción única y continuada en esa zona geográfica cometida por las empresas BETON CATALÁN, VALDERRIVAS, CEMEX, HANSON, LAFARGE Y PROMSA, consistente en intercambio de información comercial sensible, reparto de mercado del hormigón y acuerdo de precios desde 1999 hasta 2014.

ii. En la zona Centro de España, una infracción única y continuada en esa zona geográfica cometida por las empresas BETON CATALÁN, VALDERRIVAS, COMERCIAL ARROYO, TENESIVER, HORMIBUSALAFARGE, 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.

iii. En la zona Sur de España, una infracción única y continuada en esa zona geográfica cometida por las empresas BETON CATALÁN, VALDERRIVAS, ANDEMOSA, HORSEV, PREBRETONG, HISPALENSE, LEFLET, BETONALIA, SURGYPS, POLICHI, PREMACONS PRELHOR, UTRERA y CREA CONS, consistente en el intercambio de información comercial sensible, reparto de mercado y acuerdo de precios desde 2005 hasta 2014.

Por lo demás, explica la resolución recurrida que los repartos de obras, zonas, producciones y clientes que se plasman en tablas y hojas de cálculo recabadas en las inspecciones realizadas servían de herramienta para la gestión de los acuerdos, bien para recoger las conclusiones alcanzadas, bien para trabajar sobre ellas y hacer propuestas a los demás competidores o bien para hacer un seguimiento periódico de cómo se llevaban a la práctica los acuerdos y controlar la actividad de los competidores y su cumplimiento del reparto.

En concreto, a la sociedad recurrente, como ya hemos consignado, se le sanciona por participar en un intercambio de información comercial sensible y reparto del mercado del hormigón en la zona sur en 2010 y desde 2012 a 2014. Las conductas imputadas quedarían acreditadas, según la resolución recurrida, en los siguientes folios del expediente administrativo: 4636, 4648 y 4649, 3786 y 3787, 3740 y 4747, 4890, 4701 y 4702, 4733, 4745 y 4746, 4747 y 4748, 4789 y 4790, 4801 y 4802.



TERCERO. - Disconforme con la resolución recurrida, aduce la entidad actora que ninguna conducta prohibida por la LDC puede ser achacada a Hormigones Polichi. Que en el expediente administrativo únicamente constan unas tablas o listados en las que, entre otras, figura la palabra Polichi pero que constituyen correos electrónicos remitidos por una empresa "Horsev" destinados a otra empresa "Betonalia" en los que ninguna actuación ha tenido la recurrente, ignorando el motivo por el que ha sido incluida en dicho listado y sin contar ni siquiera con su consentimiento.

Añade que no consta ningún documento que pruebe su participación en las reuniones que se habrían celebrado entre las distintas empresas hormigoneras en la zona sur, ni tampoco consta ningún correo electrónico o mensaje de whatsapp en el que Hormigones Polichi intercambie información sensible con otras empresas hormigoneras de Sevilla y que del contenido íntegro del expediente no puede deducirse en absoluto ninguna prueba de cargo de que la entidad que represento haya participado en mesas, reuniones; y así no constan ni conversaciones telefónicas ni correos electrónicos entre el resto de las entidades investigadas y Hormigones Polichi, únicamente la inclusión del nombre de la empresa en documentos elaborados unilateralmente por otras entidades, desconociendo esta parte los motivos de inclusión en los mismos.-

Por lo demás denuncia que la Resolución recurrida adolece del vicio de nulidad de pleno derecho toda vez que se ha procedido a modificar la calificación jurídica de los hechos con respecto a la recogida en el correspondiente Pliego de Concreción de Hechos sin seguir el cauce procedimental establecido para ello, vulnerando con dicha conducta los principios de legalidad y seguridad jurídica consagrados en el Artículo 9 CE

La Administración demandada defiende la conformidad a derecho de la resolución impugnada por sus propios fundamentos.

CUARTO.- Ex puestos, en apretada síntesis, los términos del debate, examinaremos los motivos de impugnación articulados en la demanda, comenzando por el que denuncia la nulidad de la resolución recurrida como consecuencia de la modificación de la calificación jurídica de los hechos con respecto a la recogida en el correspondiente Pliego de Concreción de Hechos.

Recordemos que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 51.4 de la Ley 15/2007 "(...) Cuando el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido calificada debidamente en la propuesta de la Dirección de Investigación, someterá la nueva calificación a los interesados y a ésta para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas."

En el caso examinado, no se cuestiona que la propuesta de resolución ha modificado la calificación jurídica de los hechos sancionados respecto de la contenida en el Pliego de Concreción de hechos y que dicha calificación fue la recogida en la resolución sancionadora. Recordemos que el pliego de Concreción de Hechos considera que aquellos son constitutivos de una infracción única y continuada de naturaleza compleja, en lugar de cuatro infracciones únicas y continuada/s de naturaleza simple, como se sostiene en la Propuesta de Resolución y en la Resolución sancionadora.

Procede dejar constancia de que la doctrina jurisprudencial relativa a la interpretación del artículo 51.4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, contenida en STS, sección 3 del 21 de enero de 2019 (ROJ: STS 252/2019 - ECLI:ES:TS:2019:252), siguiendo los criterios expuestos en la sentencia de 30 de enero de 2012 , (RC 5106/2009), y de 15 de octubre de 2018 (RC 1840/17) viene afirmando que el artículo 51.4 de la vigente Ley de Defensa de la Competencia -como el 43.1 de la anterior Ley - debe interpretarse en el sentido de otorgar un trámite de audiencia a los sujetos sometidos a un expediente sancionador en el supuesto de que se plantee modificar la calificación de la conducta investigada en la resolución sancionadora respecto a la formulada durante la instrucción y sobre la que se ha trabado el debate en vía administrativa.

La previsión de dicho trámite tiene pleno sentido pues si el legislador ha previsto que los sujetos expedientados conozcan y puedan alegar sobre la propuesta de resolución es porque entiende que dicha posibilidad constituye una exigencia del principio de defensa. Consiguientemente, si antes de que dictar resolución el órgano sancionador prevé separarse de dicha propuesta de manera relevante, como sin duda lo es una modificación de la calificación, aunque no conlleve un cambio respecto a los hechos, es natural que dicha modificación sea sometida de nuevo a los sujetos afectados para que puedan alegar lo que tengan por conveniente.

En efecto, un cambio de calificación, aun en el caso de que no se vea acompañada por una modificación de los hechos, puede suponer, en principio, un cambio también en la sanción que haya que imponer. Y en todo caso, aun en el supuesto en que no suponga una agravación de la sanción, parece natural y lógico que los expedientados puedan alegar sobre algo de tanta relevancia jurídica como lo es la determinación precisa de la infracción que se les imputa.



Como se resuelve en sentencias de 30 de noviembre de 2018 (rec. 5329/2017) y 3 de diciembre de 2018 (rec. 6196/2017), no cabe duda de que la omisión de dicho trámite constituye una infracción procedimental contraria a derecho.

Ahora bien, de conformidad con la jurisprudencia referida, tal infracción no conlleva la nulidad de la resolución sancionadora en el caso de que resulte indubitado que el cambio de calificación efectuado respecto a la propuesta de resolución no ha causado una efectiva indefensión material a los sujetos expedientados.

De acuerdo con las consideraciones anteriores, procede ahora verificar si en el caso que estamos examinando la empresa recurrente ha podido sufrir indefensión como consecuencia del cambio de calificación jurídica de los hechos realizada en la Propuesta de Resolución, o si, por el contrario, puede excluirse con certeza que haya sufrido perjuicio alguno en su derecho de defensa.

Pues bien, consta en el expediente administrativo que, tras la notificación de la propuesta de resolución, se abrió trámite de alegaciones en el que las empresas incoadas, y entre ellas la ahora recurrente, pudieron manifestar lo que a su derecho conviniera sobre la incidencia que este cambio podría tener en su responsabilidad y en la sanción que pudiera corresponderle. Así las cosas, podemos concluir que ninguna indefensión se ha generado a la recurrente como consecuencia de dicha modificación.

Por todo lo expuesto, el motivo de impugnación examinado ha de ser desestimado.

QUINTO - Antes de continuar con el examen de los motivos de impugnación es necesario insistir en que la recurrente ha sido sancionada por la comisión de una infracción única y continuada consistente en el intercambio de información comercial sensible y reparto del mercado del hormigón en la zona sur.

A estos efectos debemos recordar la doctrina del Tribunal de Justicia Europeo, contenida en la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 16 de junio de 2011, en el asunto T-211/08, Putters International NV, con cita de la sentencia de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni (C- 49/92 P, Rec. p. I-4125), apartado 82, sobre el concepto de infracción única y continuada en la que se afirmó que para acreditar la existencia de una infracción única y continuada, la Comisión debe probar, en particular, que la empresa intentó contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas en la consecución de los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, apartado 31 *supra*, apartado 87). Y añadió que las prácticas colusorias sólo pueden ser consideradas elementos constitutivos de un acuerdo único restrictivo de la competencia si se acredita que 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 (sentencia del Tribunal de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T- 71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95, Rec. p. II-491, apartados 4027 y 4112).

Además, como nos enseña la sentencia del Tribunal General, en el asunto T-27/10, AC-Treuhand AG de 17 de mayo de 2013, " también es importante precisar que el concepto de objetivo único no puede determinarse mediante una referencia general a la distorsión de la competencia en el mercado afectado por la infracción, puesto que el perjuicio para la competencia constituye, como objeto o efecto, un elemento consustancial a todo comportamiento incluido en el ámbito de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1. Tal definición del concepto de objetivo único entrañaría el riesgo de privar al concepto de infracción única y continuada de una parte de su sentido, pues tendría como consecuencia que varios comportamientos relativos a un sector económico, contrarios al artículo 81 CE, apartado 1, deberían calificarse sistemáticamente como elementos constitutivos de una infracción única (véase la sentencia del Tribunal de 30 de noviembre de 2011, Quinn Barlo y otros/ Comisión, T-208/06, Rec. p. II-7953, apartado 149, y la jurisprudencia citada)(apartado 240)".

El apartado 241 de la misma Sentencia señala que " en consecuencia, con objeto de calificar diversos comportamientos como infracción única y continuada, procede verificar si presentan un vínculo de complementariedad, en el sentido de que cada uno de ellos está destinado a hacer frente a una o varias consecuencias del juego normal de la competencia, y contribuyen, mediante una interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia buscados por sus autores, en el marco de un plan global encaminado a un objetivo único. A este respecto, habrá que tener en cuenta cualquier circunstancia que pueda demostrar o desmentir dicho vínculo, como el período de aplicación, el contenido (incluyendo los métodos empleados) y, correlativamente, el objetivo de los diversos comportamientos de que se trata (véase la sentencia Amann & Söhne y Cousin Filterie/Comisión, antes citada, apartado 92, y la jurisprudencia citada).



Así pues, de esa jurisprudencia se deduce que deben concurrir tres requisitos para acreditar la participación en una infracción única y continuada, a saber, la existencia de un plan global que persigue un objetivo común, la contribución intencional de la empresa a ese plan y el hecho de que tenía conocimiento (demostrado o presunto) de los comportamientos infractores de los demás participantes.

SEXTO.- De acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, debemos examinar, en primer lugar, si en el caso examinado, existe prueba que acredite la existencia de un plan global entre las diversas empresas sancionadas que persiga un objetivo común, circunstancia que niega la mercantil recurrente en el escrito de formalización de su demanda.

Como decíamos en la sentencia de 9 de junio de 2016, recaída en el recurso 551/13, "En este tipo de actuaciones es difícil encontrarse con la existencia de pruebas directas que permitan acreditar la participación en las conductas infractoras; lo normal es que sea a través de indicios. Pues bien, la prueba de indicios está ampliamente aceptada por la jurisprudencia constitucional desde la SSTC 174 y 175/1985, y resulta práctica habitual en materia de cárteles, siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador, se encuentren en directa relación con las consecuencias que se pretenden extraer de los mismos y no exista una explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que llega la Administración". Consideraciones que ratifica la sentencia de 15 de julio de 2016, recurso núm. 293/2012, cuando señalábamos también respecto de la prueba de indicios que "... es bien sabido que su utilización en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997\7421 y RJ 1997/8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998\7741) y 28 de enero de 1999 (RJ 1999\274). Para que la prueba de presunciones sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia, resulta necesario que los indicios se basen no 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.

En suma, la prueba indirecta permite la construcción de inferencias fácticas siempre que se cumplan debidamente los requisitos de la llamada prueba indiciaria, esto es, que la exteriorización de hechos base o indicios que se considere acreditados y que se explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia.

Pues bien, en el caso examinado, explica la resolución recurrida que los repartos de obras, zonas, producciones y clientes se plasmaban en tablas y hojas de cálculo recabadas en las inspecciones realizadas, que además, servían de herramienta para la gestión de los acuerdos, bien para recoger las conclusiones alcanzadas, bien para trabajar sobre ellas y hacer propuestas a los demás competidores o bien para hacer un seguimiento periódico de cómo se llevaban a la práctica los acuerdos y controlar la actividad de los competidores y su cumplimiento del reparto.

Que la multitud de tablas encontradas correspondientes a la zona sur de los años 2013 y 2014 aparece una relación de obras concretas y clientes, y se distingue entre la empresa "adjudicataria real" o "adjudicataria club", en unas ocasiones, y entre "aportador" o "adjudicatario", en otras, en función de quién fuera la empresa que había facilitado el conocimiento de una obra determinada y quién la que fuera a encargarse de su ejecución (por ejemplo, folio 4645).

Que también en la zona sur se encuentran evidencias de que, al menos desde 2010, los repartos se basaron en la asignación a cada empresa de porcentajes calculados sobre el volumen de hormigón producido. Se calculaba el volumen total de hormigón previsto para un conjunto de obras y se calculaba la cantidad que habría de corresponder a cada empresa en aplicación de los porcentajes previamente acordados. Las cantidades que se iban asignando a cada empresa eran porcentajes, puesto que en todas las tablas la suma total era igual a 100. Que, de hecho, en las anotaciones manuscritas del folio 3787, se puede ver cómo al final de una tabla en la que la suma total es igual a 95, aparece "Sobran 5" y, a continuación, esos 5 se reparten entre varias empresas, consignando otras cantidades junto a las primeras, de forma que lleguen a sumar 100.

Que, en la zona sur, todos los repartos habrían venido acompañados de frecuentes reuniones, como se desprende de los correos electrónicos y de las conversaciones mantenidas por WhatsApp entre los integrantes de la mesa en la zona sur: " *HOY A LAS 12:00 ENANDEMOSA*" (jun-2013), ¿"A q hora es la mesa y dónde?" - " *A las 10.30 hotel la motilla*" (jul-2013), " *A las 12 en Premacons*" (jul- 2013), " *Mañana a las.11:00 en PREMACON*" (dic-2013), " *Hoy haymesa?*" - " *No el jueves. En andemosa*", " *A las 11 en. Andemosa*" (ene- 2014), " *11 betonalía*" (mar-2014), ¿"mañana mesa a q hora?" - " *11premacom*" (mar-2014), " *el viernes hay reunión urgente en andemosaa.las.11*", " *andemosa 11*" (mar-2014), " *Mañana a las11en Almensilla*" (abr-2014) o " *Ayer se reunieron hormigoneros deSevilla*" (jun-2014) (folios 4878 -4881, y 4891). Que el intercambio de información por WhatsApp era tan habitual que llegó a crearse un grupo de WhatsApp denominado "Hormigón", cuya eliminación posterior refleja la consciencia del grupo de empresas de la ilegalidad de los acuerdos. Que los



repartos han consistido principalmente en obras y producción, pero las empresas también incluían en sus acuerdos repartos de clientes y de zonas. Que la expresión "cliente adicto" es frecuentemente utilizada por las empresas y además coincidente en los mercados y zonas en las que se han producido las infracciones y que en el mercado del hormigón las empresas en cada zona geográfica se habrían organizado a través de las denominadas "mesa" o "club".

Y por lo que atañe al Intercambio de información sensible, que es complementario al reparto del mercado, y a los acuerdos de precios entre las empresas se expone que, además de la información contenida en las tablas en las que aparecen datos de clientes, volúmenes de producción, cuotas de participación, existe abundante intercambio de información a través del correo electrónico y otros medios como la mensajería instantánea móvil a través de aplicaciones informáticas como WhatsApp.

Sin embargo, la prueba obrante en autos no corrobora la existencia del plan descrito. No hay ninguna constancia de la efectiva celebración de ninguna reunión ni de acuerdos previos adoptados entre las sancionadas para fijar precios, repartirse el mercado o intercambiar información conforme al supuesto plan preconcebido descrito. No ha quedado acreditado quien confeccionaba las tablas excell a las que se refiere la resolución recurrida como elemento acreditativo de dicho plan preconcebido, ni quien suministraba la información que en ellas se refleja. Tampoco se ha argumentado de forma sólida y fundamentada quien y con qué criterios realizaba los presuntos repartos del mercado.

A estos efectos cumple manifestar que ni los datos obtenidos de las transcripciones de las conversaciones mantenidas en el grupo de WhatsApp creado por un comercial de Betonalía el 14 de enero de 2015, ni el contenido de los folios 4636, 4648 y 4649, 3786 y 3787, 3740 y 4747, 4890, 4701 y 4702, 4733, 4745 y 4746, 4747 y 4748, 4789 y 4790, 4801 y 4802 del expediente administrativo, a los que se remite la resolución sancionadora, integran prueba de cargo suficiente a los efectos de acreditar la existencia de un plan común que, como ya hemos expuesto, constituye presupuesto imprescindible para la imputación de una infracción única y continuada.

Así las cosas, debemos concluir que, en el caso examinado, la CNMC ha efectuado una construcción artificiosa y voluntarista de los datos obtenidos en las inspecciones realizadas para concluir que las empresas sancionadas actuaron conforme un plan preconcebido común que, en esencia, consistía en el intercambio de información sensible para conseguir el reparto del mercado del hormigón sin apoyo en pruebas sólidas y debidamente argumentadas que lo corroboren.

Por todo lo expuesto, el presente recurso ha de ser estimado, resultando innecesario entrar a examinar el motivo de impugnación que denuncia la falta de proporcionalidad de la sanción impuesta a la recurrente.

SÉPTIMO. - Procede, en atención a cuanto hemos expuesto, estimar el presente recurso y anular la resolución recurrida, con la consiguiente imposición de las costas a la parte demandada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

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

FALLAMOS

Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora D^a Carmen Echevarría Terroba, en nombre y representación de **HORMIGONES POLICHI, S.L.**, contra la Resolución de fecha 5 de septiembre de 2016 dictada por la Sala de Competencia del Consejo Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en Expediente número S/DC/0525/14 CEMENTOS / mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 12.003 euros, con expresa imposición de costas a la parte demandada.

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

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.