



Roj: **SAN 4273/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:4273**

Id Cendoj: **28079230062020100423**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **10/12/2020**

Nº de Recurso: **510/2016**

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: 0000510 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05872/2016

Demandante: HOLCIM ESPAÑA SA

Procurador: D. RAMÓN RODRÍGUEZ NOGUEIRA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

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 diez de diciembre de dos mil veinte.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. **510/2016** promovido por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de **HOLCIM ESPAÑA SA.**, 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 4.412.273 euros. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



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

"(i) Declare la íntegra nulidad o anulabilidad de dicha Resolución o,

(i i) Subsidiariamente, la nulidad o anulabilidad parcial de la Resolución, con la correspondiente reducción del importe de la multa impuesta.

(i ii) Todo ello, por las razones expuestas a lo largo de esta demanda y con expresa imposición de costas a la parte demandada".

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. -Por Auto de 25 de mayo de 2018, se acordó, sin necesidad de abrir el periodo probatorio, tener por reproducido el expediente administrativo, y dar el trámite para la presentación de conclusiones escritas, verificado lo cual, quedaron las actuaciones conclusas y pendientes de señalamiento para votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 18 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 4.412.273 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:

11. HOLCIM ESPAÑA, S.A. por participar en un intercambio de información comercial sensible y reparto en el mercado del cemento.

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

11. HOLCIM ESPAÑA, S.A.: 4.412.273 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: 1) Betón Catalán S.A., 2) Cementos Molins Industrial S.A. (CMI), 3) Promotora Mediterránea 2 S.A. (PROMSA), 4) Hanson Hispania, S.A. (HANSON), 5) Cemex España Operaciones, S.L.U., 6) Tenesiver S.L., 7) Comercial Arroyo Construcción S.A., 8) Hormigones Giral S.A., 9) Cementos Portland Valderrivas, S.A., y 10) Cementos Lemona, S.A, procediéndose a notificar el acuerdo de incoación a las diez interesadas en la misma fecha de 22 de diciembre de 2014 (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 014, 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, PREBRETONG, HISPALENSE, LEFLET, BETONALIA, SURGYPS, POLICHI, PREMACONS PRELHOR, UTRERA y CREACONS, 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:

5. HOLCIM ESPAÑA, S.A. ("HOLCIM")

HOLCIM, cuya matriz es Holcim Investments -Spain- SL, fabrica y comercializa cemento, árido, hormigón, mortero y ligantes hidráulicos. Con sede social en Madrid, posee dos plantas cementeras en Andalucía, ocho hormigoneras repartidas en Galicia, Comunidad de Madrid, Cataluña, Murcia y Comunidad Valenciana y siete plantas de áridos.

Emplea en España a unos 600 empleados y, según los datos aportados al expediente, su volumen de negocios en los últimos años es el siguiente:

2013 2014 2015

153.000.000 € 111.847.000 € 102.611.000 €

En el año 2015, nació la sociedad multinacional Grupo LafargeHolcim, como resultado de la fusión de estos dos operadores internacionales (www.lafargeholcim.com) y con número de expediente comunitario M. 7252 HOLCIM/LAFARGE.

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 CREACONS, 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 CREACONS, 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 consta en el expediente administrativo la existencia de tablas que obraban en poder de las empresas competidoras, en las que se advierte como las empresas se asignaban a los clientes para el suministro de cemento u hormigón, en función del mercado afectado y 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 cemento en 2014. Las conductas imputadas quedarían acreditadas, según la resolución recurrida en los folios 3516, 3517 y 4252 del expediente administrativo.

TERCERO. - Disconforme con la resolución recurrida, la mercantil recurrente opone frente a la misma los siguientes motivos de impugnación:

1º- Inexistencia de infracción del artículo 1 de la LDC por parte de HOLCIM (infracción del principio de legalidad y tipicidad). No se cumplen los requisitos para la utilización de la prueba de indicios para concluir la existencia de un intercambio de información y reparto de mercado. La Resolución ha ignorado flagrantemente las explicaciones alternativas proporcionadas por Holcim.

2º- La resolución infringe el derecho de HOLCIM a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías y su derecho de defensa.

3º- Falta de motivación de la Resolución recurrida y de la sanción impuesta a HOLCIM. Vulneración del principio de proporcionalidad y de los artículos 63 y 64 de la LDC.

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 falta de prueba que acredite la participación de la recurrente en las conductas por las que ha sido sancionada.

Recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de aplicación de la prueba de indicios en el ámbito del derecho administrativo sancionador, y afirma que, en el caso examinado no se cumplen los requisitos para la utilización de la prueba de indicios para concluir la existencia de un intercambio de información y reparto de mercado porque la Resolución no ha acreditado adecuadamente la existencia de un nexo causal entre los indicios y la supuesta práctica de intercambio de información y reparto de mercado; y que el Consejo de la CNMC ha ignorado flagrantemente las explicaciones proporcionadas por Holcim para justificar que existe una explicación alternativa a su conducta distinta de la colusión.

A continuación, explica que el Consejo utiliza para sostener su imputación un informe interno de la empresa Portland Valderrivas de fecha 27 de mayo de 2014, compartido entre empleados de esta empresa por medio de correo electrónico de fecha 28 de mayo de 2014 y un segundo informe interno de Valderrivas, de fecha 6 de junio de 2014, compartido entre empleados de esta empresa mediante correo de fecha 9 de junio de 2014.

A juicio de la resolución recurrida, el informe de 27 de mayo de 2014 acreditaría la celebración de una supuesta reunión entre Holcim y Valderrivas en la que se habría " *intercambiado información sobre subidas de precios y clientes* " (página 95 de la Resolución). Frente a ello, opone la recurrente que esta conclusión se alcanza sin ninguna otra prueba adicional que permita al Consejo acreditar que el origen de las afirmaciones contenidas en este reporte se encuentre en una reunión mantenida con Holcim o en un contacto directo entre ésta y Valderrivas.

El informe de 6 de junio de 2014, para la Resolución impugnada acreditaría la celebración de una reunión entre Valderrivas y Ceminter y sería muestra del reparto de mercado imputado, entre otras, a Holcim. Denuncia la recurrente que el Consejo extrae de este documento, sin ninguna otra prueba que sustente sus conclusiones y sin ningún razonamiento al respecto, que este reparto " *tiene como intención y efecto, entre otros, la subida de precios del cemento* " (*subida que debe ser coordinada para su éxito, en un contexto de desconfianza entre las empresas cementeras sobre el cumplimiento de los acuerdos como se refleja en las expresiones "serán los*



últimos en subir ya que no se fían de Holcim (están muy enfadados con ellos porque han bajado los precios los precios en un par de clientes que compartían, con idea de quedarse con el 100%" y para la que existe intercambio de información" (pag 65 Resolución).

Expone que, en relación con ambos documentos, el Consejo afirma a que " *proporcionan una información sumamente detallada sobre las obras discutidas y asignadas entre ambas empresas que se localizan en distintos puntos de la geografía andaluza, lo que refuerza la certeza sobre la celebración del encuentro y la imposibilidad de su invención por el autor del email*"

Y concluye la Resolución que, si bien estos documentos han sido elaborados por terceros, sin participación alguna de HOLCIM " *no se advierte ningún incentivo para que el autor de [sic] email narre una reunión inexistente con ninguna de las dos empresas [Holcim y Ceminter, respectivamente] , dado que dicho email podría ser utilizado en su contra comomuestra de un intercambio de información sobre precios con una empresa de la incompetencia*" (página 97 de la Resolución).

A juicio de la recurrente, lo expuesto se aleja de lo que exige la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pues el Consejo ha llevado a cabo un razonamiento simplista que ignora sin fundamento alguno los argumentos que Holcim puso de manifiesto en su respuesta al Pliego de Concreción de Hechos y a la Propuesta de Resolución.

Añade que el informe interno de Valderrivas viene justificado por una explicación alternativa y lógica que descarta la existencia de cualquier infracción por parte de Holcim. Así señala que el informe en ningún momento menciona que haya existido una reunión entre Holcim y Valderrivas en la que aquélla haya facilitado a Valderrivas la información en él reflejada y que no existe en el expediente ni un solo documento que permita acreditar que haya existido esta supuesta reunión, ni tampoco que la fuente de las afirmaciones vertidas en el informe se encuentre en un contacto directo entre Holcim y Valderrivas. Manifiesta que la Resolución afirma que esta supuesta reunión con Holcim se habría celebrado en *relación con la negociación de una subida de precios "para " conocerlas razones de la ausencia de incremento del precio del cemento"* y que el insuficiente y prácticamente inexistente análisis de este documento en la Resolución hace que no se explique con facilidad el origen de estas afirmaciones. A este respecto, la recurrente considera que dicho origen se encuentra en las conclusiones adoptadas por la Dirección de Competencia en el Pliego de Concreción de Hechos, donde se consideraba que las "excusas" a que se refiere el informe se habrían ofrecido en un contexto en el que HOLCIM "no está cumpliendo lo que se espera en relación con la subida de precios del cemento de modo coordinado".

Frente a ello, la mercantil actora reitera que no solo no existe prueba que sostenga las conclusiones recogidas en la Resolución, sino que Holcim acreditó que la estrategia comercial seguida en las zonas mencionadas en el informe (Cádiz, Sevilla y Huelva) en el periodo relevante era incompatible con cualquier participación en una subida coordinada de precios.

QUINTO.- An tes de continuar, es necesario insistir en que a la recurrente se le ha sancionado por la comisión de una infracción única y continuada consistente en el intercambio de información comercial sensible y reparto del mercado de cemento.

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 una 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 presente caso examinado, existe prueba que acredite la existencia de un plan global entre las diversas empresas sancionadas en el mercado del cemento que persiga un objetivo común.

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.

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

A estos efectos cumple manifestar que los informes internos de Valderrivas, de 27 de mayo de 2014 y de 6 de junio de 2014 no constituyen prueba de la existencia de un plan preconcebido en el que se pudiera fundamentar



la infracción única y continuada imputada. No hay ninguna constancia de que los hechos referidos en el mismo sean ciertos

Así las cosas, nos encontramos ante un mero testimonio referencial que no constituye prueba de cargo por cuanto no viene acompañado de otros indicios y de un razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia que de aquellos se pretenden extraer en aras a entender acreditada la existencia de un plan preconcebido, que, como ya hemos expuesto, constituye presupuesto imprescindible para la imputación de una infracción única y continuada.

Por todo ello 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 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 D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de **HOLCIM ESPAÑA SA.**, 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 4.412.273 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.