



Roj: **SAN 4272/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:4272**

Id Cendoj: **28079230062020100422**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **10/12/2020**

Nº de Recurso: **466/2016**

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:** 0000466 /2016

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 05534/2016

**Demandante:** CEMINTER HISPANIA, S.A.

**Procurador:** D. RODRIGO PASCUAL PEÑA

**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<sup>a</sup>. 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. **466/2016** promovido por el Procurador D. Rodrigo Pascual Peña, en nombre y representación de **CEMINTER HISPANIA, S.A.**, 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 193.463 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 que se estime en su integridad el presente recurso, y se anule la resolución de 5 de septiembre de 2016 de la comisión. nacional de los mercados y la competencia.

**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.** - No habiéndose acordado el recibimiento del recurso a prueba se confirió traslado a las partes para la presentación de conclusiones escritas, verificado lo cual, quedaron las actuaciones concluidas para deliberación, votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 4 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 193.463 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:*

*8. CEMINTER HISPANIA, SA. por participar en un intercambio de información comercial sensible y reparto del mercado de cemento.*

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

*8. CEMINTER HISPANIA, SA...: 193.463 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 16/989 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:

6. CEMINTER HISPANIA, S.A. ("CEMINTER")

CEMINTER es una empresa con sede en Madrid, presente en los mercados del cemento, del hormigón y otros productos relacionados con la construcción.

Constituida en el año 2001, se encuentra inmersa desde el año 2010 en un procedimiento concursal. CEMINTER es el titular del 35,49% de las acciones de SURGYPS, S.A.

Según los datos aportados al expediente, su volumen de negocios en los últimos años es el siguiente:

2010 2011 2012 2013 2014 2015

5.000.000€ Sin datos Sin datos Sin datos 4.693.312€ 4.836.586€

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. Y 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 calinan 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 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 el folio 4252 del expediente administrativo.

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

1º- La caducidad del procedimiento y la excesiva duración del procedimiento sancionador.

2º- La prueba en la que se basa la CNMC fue ilícitamente obtenida. Nulidad de la orden de inspección.

3º- No consta acreditada la intervención de CEMINTER en la conducta infractora.

4º- No puede atribuirse a CEMINTER participación en una conducta de larga duración, que es lo investigado en este expediente.

5º- Improcedencia del tipo infractor aplicado a CEMINTER. Desproporción y falta de motivación.

6º- La resolución de la CNMC se desvía de los hechos fijados en el pliego de concreción de hechos.

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 caducidad del procedimiento sancionador.

Expone que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 36 LDC, el procedimiento sancionador que nos ocupa debió terminar el 22 de junio de 2016, a los 18 meses de su incoación y que, sin embargo, la Resolución por la que se finalizó el expediente no se acordó hasta el 5 de septiembre de 2016, notificada el 9 de septiembre de 2016, es decir, 2 meses y 18 días después de finalizado el plazo máximo para la resolución del expediente.

Explica que la supuesta razón de dicha demora viene amparada en los plazos de suspensión acordados por la CNMC durante la tramitación del expediente. En concreto:

1. La suspensión desde el 25/03/2015 al 22/05/2015 para la resolución del recurso presentado por CEMENTOS MOLINS INDUSTRIAL, S.A. respecto del acuerdo de aceptación parcial de confidencialidad.

2. La suspensión desde el 23/06/2016 hasta el 17/07/2016 para que por parte de los interesados se aportara la documentación requerida o, en su caso, transcurriera el plazo concedido del procedimiento y la excesiva duración del procedimiento sancionador.

Frente a ello entiende la recurrente que las dos suspensiones del plazo no incluyen la mínima motivación necesaria. Recuerda que la posibilidad de suspender el procedimiento viene prevista para los supuestos tasados en el artículo 37 de la LDC, por lo que la suspensión del plazo es potestativa y, por tanto, no puede entenderse automáticamente aplicada en todos los casos. Y añade que dicha suspensión debe venir motivada y que, en el caso examinado, ninguna de las dos suspensiones fue lo fue porque la CNMC que se limitó a copiar literalmente el artículo 37 LDC sin precisar ni concretar las razones por la que resultaba idóneo suspender el procedimiento.

Recordemos que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia:

*1. El transcurso de los plazos máximos previstos legalmente para resolver un procedimiento se podrá suspender, mediante resolución motivada, en los siguientes casos:*

*a) Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios*

*b) Cuando deba solicitarse a terceros o a otros órganos de las Administraciones Públicas la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios.*

*c) Cuando sea necesaria la cooperación y la coordinación con la Unión Europea o con las Autoridades Nacionales de Competencia de otros países.*

*d) Cuando se interponga el recurso administrativo previsto en el artículo 47 o se interponga recurso contencioso-administrativo.*

*e) Cuando el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia acuerde la práctica de pruebas o de actuaciones complementarias de acuerdo con lo previsto en el artículo 51.*



f) Cuando se produzca un cambio en la calificación jurídica de la cuestión sometida al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, en los términos establecidos en el artículo 51.

g) Cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un acuerdo de terminación convencional en los términos establecidos en el artículo 52".

Pues bien, en el caso examinado, el primer acuerdo de suspensión se fundamentó en los siguientes términos:

*"Con fecha 20 de marzo de 2015 se recibió en esta Dirección de Competencia Nota de Régimen Interior del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), solicitando a esta Dirección de Competencia antecedentes e Informe sobre el escrito de interposición de recurso administrativo recibido con fecha 17 de marzo de 2015 por parte de la empresa CEMENTOS MOLINS INDUSTRIAL, S.A. contra el acuerdo de aceptación parcial de confidencialidad, de fecha 4 de marzo de 2015.*

*A la vista de lo anterior, y teniendo en cuenta la garantía en todo momento de la defensa de los intereses de la empresa, se considera pertinente suspender el plazo máximo de resolución del procedimiento haciendo uso de la potestad prevista en el artículo 37.1. d) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), desde el día 25 de marzo de 2015, hasta la fecha de resolución del recurso por el Consejo de la CNMC, según lo establecido en el artículo 12 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero.*

*De conformidad con el artículo 37.3 de la LDC debe tenerse en cuenta que la suspensión de los plazos máximos de resolución no suspenderá necesariamente la tramitación del procedimiento.*

*Notifíquese este acuerdo a los interesados."*

Y a la misma conclusión debemos llegar respecto del segundo acuerdo de suspensión, a cuyo tenor *"Siendo la información solicitada un elemento de juicio necesario para resolver el Expediente de referencia, procede, conforme a lo dispuesto en el Art. 37.1 a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, suspender el plazo máximo para resolver hasta que transcurra el plazo concedido para la aportación de la referida información."*

La Sala 3ª del Tribunal Supremo, en su STS, de 12 de noviembre de 2020, reiterando la doctrina sentada en la STS nº 929/2020, de 6 de julio (rec. 3721/2019) se ha pronunciado sobre la suspensión del procedimiento conforme al art. 37.1.a de la LDC.

En la citada Sentencia nos recuerda lo siguiente:

El plazo máximo para resolver el procedimiento sancionador por conductas restrictivas de la competencia es el de dieciocho meses desde la fecha del acuerdo de incoación (art. 36.1 de la LDC 15/2007, de 3 de julio). Este plazo puede ser ampliado o suspendido, en los supuestos previstos en el artículo 37 de la Ley. El art. 37.1.a) prevé la posibilidad de suspender el plazo para resolver el expediente mediante resolución motivada "Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios [...]".

Señala que el Auto de admisión plantea si la apertura del plazo extraordinario del artículo 37.1.a) LDC queda reservada para la reclamación de documentos necesarios y específicos del caso concreto que no se pudieron recabar en el plazo ordinario, o si ampara también el requerimiento de actuaciones establecidas como obligatorias por las normas de competencia para el procedimiento sancionador, y que pudieron realizarse en el período ordinario.

Para dar respuesta a esta cuestión, empieza por señalar que la previsión contenida en el art. 37.1.a), no supone la ampliación extraordinaria del plazo para resolver el procedimiento, supuesto que está previsto en el art. 37.4 de dicha norma.

La suspensión del curso del procedimiento es algo distinto a la ampliación del plazo máximo en que puede resolverse, aunque ambas decisiones traigan como consecuencia el que se disponga de un margen más amplio para dictar la resolución de fondo. La suspensión del procedimiento implica que el plazo para resolver el expediente no corre mientras subsista la razón que justificó la suspensión. La norma establece diferentes supuestos que justifican esta suspensión, entre ellos, "Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias, la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios [...]".

La Ley no establece que este motivo de suspensión solo puede ser utilizado para reclamar documentos o actuaciones cuya necesidad se ha manifestado de forma inesperada y excepcional, excluyéndose aquellas actuaciones que solicita información o la práctica de diligencias que normalmente son necesarias en la tramitación de este tipo de procedimientos pero que no han sido practicadas antes de la finalización del plazo



ordinario para resolver. La suspensión, según dicho precepto, procede cuando se precise la aportación de documentos y otros elementos de juicio que resulten "necesarios" para dictar la resolución oportuna.

En este caso se requirió a las empresas investigadas para que aportaran sus volúmenes de negocios del año inmediatamente anterior al de la imposición de las sanciones. La CNMC necesitaba disponer del volumen de facturación del año inmediatamente anterior a la fecha de la resolución sancionadora para motivar la cuantía de la sanción, dado que el artículo 63.1.c de la Ley 15/2007, de la LDC 15/2007 establece como límite máximo de las sanciones que los órganos competentes pueden imponer a los agentes económicos, empresas y asociaciones "el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior".

Se trataba, por tanto, de una información relevante que resultaba necesaria para la imposición de la sanción, por lo que no podía considerarse irrelevante.

Lo determinante de la licitud de los requerimientos y consiguiente suspensión no es la posibilidad de que los elementos probatorios pudieran haberse recabado antes sino que la información solicitada sea necesaria para dictar la resolución de fondo, y que la Administración no haya provocado esta situación de forma artificial persiguiendo una finalidad defraudatoria, cuestión que debe remitirse a la apreciación de las circunstancias concurrentes en cada caso y deberá resolver en función de su necesidad para dictar la resolución y la motivación de su reclamo.

La circunstancia de que tales documentos pudieron reclamarse antes es insuficiente para apreciar que la suspensión perseguía una finalidad ilegítima.

Lo expuesto determina, la desestimación del motivo de impugnación examinado por cuanto las suspensiones cuestionadas están amparadas en el artículo 37 de la LDC y no se han adoptado con fines defraudatorios.

**QUINTO.**-Por lo que se refiere al motivo de impugnación que denuncia que la resolución de la CNMC se desvía de los hechos fijados en el pliego de concreción de hechos se hace preciso recordar 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) en la sentencia de 3 de febrero de 2015 (RC 3854/2013), y de 15 de octubre de 2018 (RC 1840/17) 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

**SEXTO.** - Opone la parte recurrente la nulidad de la orden de investigación de 8 de septiembre de 2014 (folios 30 a 33 del expediente) y de la Inspección desarrollada en ejecución de dicha orden en la sede de Cementos Portland Valderribas SA., y, en consecuencia, que la prueba en la que se basa la CNMC fue ilícitamente obtenida.

Pues bien, dando respuesta a las cuestiones planteadas, por cuanto se refiere a la suficiencia de la motivación y justificación de las órdenes de investigación y de acuerdo con la jurisprudencia citada, debemos precisar lo siguiente:

La CNMC está obligada a indicar las hipótesis y presunciones que pretende comprobar.

Para entender cumplida esta obligación, la orden deberá cumplir unos requisitos de doble naturaleza:

Por una parte y desde un punto de vista formal, deberá completar las indicaciones previstas en el artículo 13.3 del RD 261/2008 de 22 de febrero por el que se aprobó el Reglamento de Defensa de la Competencia, esto es: debe indicar el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma.

La autorización escrita incluirá, asimismo, las sanciones previstas en la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia, para el caso de que las empresas no se sometan a las inspecciones ni obstruyan por cualquier medio la labor de inspección de la entonces Comisión Nacional de la Competencia. También deberá indicar los recursos que procedan contra la misma.

Por otra parte, ya desde un plano material y para garantizar el derecho de oposición de la entidad investigada, deberá describir las características básicas de la infracción en cuestión identificando el mercado de referencia, los sectores afectados por la investigación y la naturaleza de las presuntas infracciones.

En definitiva, las empresas investigadas deben estar en posición de saber lo que se busca y los datos que deben ser verificados.

De lo expuesto no se deduce que la CNMC deba trasladar al investigado todos los datos que están a su disposición, ni tampoco debe realizar una calificación precisa de las conductas investigadas, pues conserva un margen de apreciación suficiente para garantizar la confidencialidad de informaciones que estén en su poder y planificar su actuación.

No debe olvidarse que la finalidad de las inspecciones es conseguir pruebas, lo que significa que, a falta de éstas, no puede exigirse a la CNMC que actúe con el mismo rigor de motivación que cuando impone la sanción.

En el presente caso, las órdenes de investigación cumplen con las exigencias mencionadas y ello puede comprobarse haciendo una lectura en paralelo de la Sentencia del Tribunal General de 26 de noviembre de 2014, asunto T-272/12, apartados 66 a 82, especialmente el 75. Esta sentencia precisa la información que debe transmitirse al sujeto inspeccionado para que la Inspección deba reputarse como válida y éste comprenda el alcance de su deber de colaboración.

En efecto, en las órdenes de Investigación constan todas las indicaciones formales exigidas que permiten conocer lo que la CNMC buscaba y su fundamento.



En particular, se indicó el objeto y la finalidad de la inspección (*verificar la existencia, en su caso, de actuaciones de la entidad que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistentes, en general, en acuerdos para el reparto de mercado, la fijación de precios, la fijación de condiciones comerciales, así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir a restringir la competencia en los mercados de cemento, hormigón y productos relacionados*); además, se estableció una relación general de los documentos objeto de inspección (libros y otros documentos relativos a la actividad empresarial cualquiera que sea su soporte material), y a continuación se precisaron con más detalle los documentos y soportes que debían ser visionados en el contexto en el que se encuentran (registro de comunicaciones internas y externas, agendas físicas y electrónicas de los miembros de la empresa, archivos físicos e informáticos, ordenadores personales, libros de actas y documentos contractuales). Se procedió de forma inmediata a realizar la inspección en los días señalados en el Auto judicial que autorizó la entrada y se fijó su alcance (recabar datos para proceder a la persecución de las conductas anticompetitivas, así como las sanciones para el caso de negativa a cooperar).

La descripción de los documentos a los que solicita el acceso está redactada con una fórmula ciertamente amplia, pero inmediatamente matizada cuando indica que se refiere al contexto objeto de investigación, por lo que la estimamos correcta.

Desde un punto de vista material se define el mercado afectado- de cemento, hormigón y productos relacionados- sin que pueda admitirse que existe incorrección e indefinición en la orden de investigación en su determinación. No es cierto que la inconcreción de la orden de investigación ocasione indefensión a la recurrente; por el contrario, en la orden de investigación queda claramente concretado el mercado del producto investigado y ello permite conocer cuál era la finalidad de la investigación. Por tanto, la orden de investigación describe correctamente el mercado afectado por la inspección y no incurre en generalidades que puedan ocasionar indefensión por cuanto las definiciones son precisas y suficientes.

Asimismo, se describe la naturaleza de las conductas presuntamente infractoras y sus características como prácticas anticompetitivas, consistentes en acuerdos para un posible acuerdo, y/o intercambios de información, y/o práctica concertada de fijación de precios y/u otras condiciones comerciales, y un posible reparto de mercado. Son descripciones claras y suficientes en este estado inicial de la investigación, en el que la razón de ser de la orden de entrada es justamente recabar pruebas al respecto.

Además, la CNMC contaba con las actuaciones preliminares de verificación recabadas en el seno de la información reservada, por lo que no puede concluirse que la inspección tuvo un carácter aleatorio y que se practicó sin base alguna.

Del examen conjunto de los elementos expuestos puede deducirse con facilidad lo que la CNMC buscaba y los datos que debían ser verificados: rastros documentales probatorios de la existencia y ejecución de acuerdos para la un posible acuerdo, y/o intercambios de información, y/o práctica concertada de fijación de precios y/u otras condiciones comerciales, y un posible reparto de mercado, todo ello sobre la base de información indiciaria al respecto que la CNMC manifiesta poseer y que no está obligada a mostrar en esta fase del procedimiento.

La circunstancia, cuestionada por la recurrente, de que la inspección pueda tener lugar tanto en la sede de la empresa como en cualquiera de sus filiales y matrices, carece de la relevancia que se le atribuye en la demanda. Recordemos que en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de Enero de 2011 (asunto C-90/09 P) se reitera la jurisprudencia sobre el concepto de empresa y se precisa que este concepto designa una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico esta unidad esté constituida por varias personas físicas o jurídicas, añadiendo que el comportamiento de una filial puede imputarse a una sociedad matriz, en particular cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado, sino que aplica, esencialmente las instrucciones que le impone la sociedad matriz, teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas (Sentencia Azko Nobel y otros /Comisión, apartados 55 a 58).

En cualquier caso, el Auto judicial que autorizó la entrada limitó la inspección a la sede de la empresa, descartando a sus filiales y concretó el periodo temporal para su realización.

Por lo expuesto debemos desestimar este motivo del recurso, así como del que denuncia la falta de validez del material obtenido con la actuación inspectora por haber sido obtenido con infracción de lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), y en el art. 20.4 del Reglamento (CE) 1/2003.

**SÉPTIMO.** - Continuando con el examen de los motivos de impugnación articulados en la demanda, denuncia la mercantil recurrente la falta de prueba que acredite su participación en la infracción por la que sido sancionada. Explica que la única prueba invocada por la CNMC consiste en un correo electrónico interno entre empleados



de otra mercantil, del que CEMINTER no es destinatario ni receptor y respecto del cual, los intervinientes en el mismo niegan haber participado en la reunión a la que se alude en el aquel y manifiestan que hablan de lo que les ha explicado un tercero. Añade que en el propio correo electrónico se manifiesta que CEMINTER no puede concertar precios en tanto que su posición es muy delicada y se reconoce que CEMINTER disputa clientes a empresas competidoras.

Por lo demás denuncia que la CNMC ha omitido deliberadamente la valoración de las pruebas favorables a la exclusión de CEMINTER de la participación de las conductas infractoras y recuerda que se encontraba en situación concursal. Por lo que cualquier actuación irregular hubiera sido advertida por la Administración concursal y el Juzgado, obligados a su denuncia y que CEMINTER se encontraba en una situación financiera en la que no tiene lógica económica alguna pactar precios con competidores del tamaño de CEMEX, HOLCIM y CEMENTOS PORTLAND VALDERRIVAS.

Y afirma que CEMINTER no compite con el resto de cementeras sancionadas por cuanto su implantación geográfica es totalmente distinta.

Estas alegaciones remiten, directamente, al análisis de la prueba en que se sustenta la imputación de CEMINTER por la conducta consistente en el intercambio de información comercial sensible y reparto del mercado del cemento en 2014, recogida en la resolución impugnada, exclusivamente con referencia al contenido del folio 4252 del expediente administrativo.

Antes 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.

**OCTAVO.-** 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 en el mercado del cemento 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.

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 previo referido. 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 se realizaban los presuntos repartos del mercado.

A estos efectos cumple manifestar que el correo electrónico obrante al folio 4252 del expediente administrativo enviado el 9 de enero de 2014 por el Director de Negocios del Hormigón, Árido y Mortero de CEMENTOS PORTLAND VALDERRIVAS, S.A. al Director Comercial de la Zona Norte, Centro, Sur y Reino Unido y al Director de Negocio de España y Portugal, ambos empleados también de Valderrivas, en el que se les remite un reporte comercial de 6 de junio de 2014, en el que concreta la actividad comercial en las provincias de Cádiz, Málaga, Huelva, Badajoz, Córdoba y Sevilla, en el que se hacen referencias a una reunión con Cerninter no constituye 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, esto es, que la reunión a la que se hace alusión, efectivamente tuviera lugar, quien asistió a ella y que, además, se adoptaran acuerdos sobre intercambios de información y reparto de mercados. 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.



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 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.

**NOVENO.** - Pr ocede, 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 el Procurador D. Rodrigo Pascual Peña, en nombre y representación de **CEMINTER HISPANIA, S.A.**, 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 193.463 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.