



Roj: **SAN 4171/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:4171**

Id Cendoj: **28079230062020100380**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **24/11/2020**

Nº de Recurso: **482/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

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

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000482 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05707/2016

Demandante: MATERIALES Y HORMIGONES SL

Procurador: D. ALEJANDRO GONZALEZ SALINAS

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. **SANTOS** GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veinticuatro de noviembre de dos mil veinte.

Se ha visto ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número **482/2016**, el recurso contencioso-administrativo formulado por **MATERIALES Y HORMIGONES, S.L.** representada por el procurador don Alejandro González Salinas contra la resolución de 5 de septiembre de 2016, S/DC/0525/14 CEMENTOS, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 18.074.885 euros.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO.- Se formalizó la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando «[A]cuerde la nulidad de pleno Derecho de la Resolución dictada el 5 de septiembre de 2016 por la Sala de Competencia de la CNMC en el expediente S/DC/0525/14 CEMENTOS o, cuando menos, su anulabilidad de conformidad con los argumentos expuestos en el presente escrito.

- Declare la no concurrencia de infracción ni responsabilidad alguna por parte de MATERIALES Y HORMIGONES S.L. (MAHORSA).

- Subsidiariamente, reduzca la sanción impuesta a mi mandante en cumplimiento del principio de proporcionalidad y de acuerdo a lo expresado en el fundamento de Derecho sexto de este escrito. [...]».

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

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba, tras el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 11 de noviembre de 2020 en que efectivamente se deliberó y votó.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso la resolución de 5 de septiembre de 2016, S/DC/0525/14 CEMENTOS, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, por la que se le impuso a MATERIALES Y HORMIGONES, S.L. (en adelante MAHORSA) una sanción consistente en multa de 614.546 euros por la comisión de una infracción por participar en un intercambio de información comercial sensible y reparto del mercado del hormigón en la zona Centro. La infracción fue calificada como única y continuada desde 2009 a 2014.

En la parte dispositiva de dicha resolución, se indicaba:

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

(...)

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

(...)

18. MATERIALES Y HORMIGONES, S.L. por participar en un intercambio de información comercial sensible y reparto del mercado del hormigón en la zona Centro.

(...)

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

(...)

18. MATERIALES Y HORMIGONES, S.L.: 614.546 euros [...]»

Como resumen de los hitos más relevantes podemos señalar que:

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

2.- Con la información obtenida el 22 de diciembre de 2014 y de conformidad con el artículo 49.1 de la LDC, acordó la incoación del expediente sancionador S/DC/0525/14 CEMENTOS contra diez empresas por conductas prohibidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, (LDC) de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE de 4 de julio) en los mercados del cemento, hormigón y productos relacionados, consistentes en posibles

acuerdos o prácticas concertadas de fijación de precios u otras condiciones comerciales, intercambios de información, así como reparto de mercado.

3.- El 7 de abril de 2015 la DC acordó la ampliación de la incoación del expediente sancionador entre otras a la actora.

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

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

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

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

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

SEGUNDO.- Comienza el escrito de demanda con un resumen de los acontecimientos donde destacamos la queja de como reiteró ante la Administración la falta de culpabilidad de la actora sobre la que no obtuvo respuesta. Recuerda que la implicación de MAHORSA solo se sostiene en una mención tangencial que un empleado de CEMENTOS PORTLAND VALDERRIVAS (un tal Evaristo) hizo en un correo electrónico interno de fecha 6 de junio de 2014. Lamenta que no fueran admitidas las pruebas propuestas ante la DC.

Dentro de la fundamentación jurídica invoca como motivos de nulidad del acuerdo sancionador (i) la alteración de la calificación contenida en el PCH; (ii) la indefensión por no conocer la acusación formulada, (iii) la infracción del principio de presunción de inocencia, y la previsión de la inculpación de prueba por indicios; (iv) que el fallo ha sido predeterminado; (v) la infracción del principio de culpabilidad y personalidad de la pena; (vi) que se le ha impedido utilizar las pruebas en derecho a su defensa; (vii) la ausencia de justificación de la pena impuesta y su falta de proporcionalidad.

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

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

Dentro de las primeras identificamos la alteración de la calificación contenida en la propuesta de resolución y la eventual indefensión por desconocer la acusación dirigida contra la actora.

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

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

CUARTO.- Despejadas las dudas formales, entremos en los motivos de fondo invocados en el escrito de demanda.

Aunque con ello alteremos el orden expuesto en el escrito rector, nos vamos a centrar en primer término en la queja, que ya expresó ante la Administración, sobre la falta de culpabilidad de la actora por la ausencia de elementos incriminatórios suficientes.

Para esta labor es necesario, en primer término, identificar correctamente cuáles son los hechos probados de los que parte la resolución sancionadora. Acto seguido valorar como la Administración ha motivado la

participación de la recurrente el cártel, y la imputación en la infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC por la que resultó sancionada.

Podemos destacar los siguientes extremos:

1.- En relación con la Zona Centro para el año 2014 se identifica, el 6 de junio de 2014, en un correo electrónico interno de la empresa VALDERRIVAS remitido por el Delegado Comercial de Negocio Cemento y Hormigón Zona Centro y cuyo asunto es «Obras reparto», referenciado al folio 3520 del expediente y que se reproduce literalmente «XXX, ayer me dio XXX el listado de obras que habían acordado en la reunión que tuvo con Lafarge, BETON, Cemex y Mahorsa para el reparto de las obras. Ya comentamos las que os han tocado», (folio 46 del acuerdo sancionador en la versión de la página WEB de la CNMC).

2.- A este mismo correo y contenido se refiere el folio 67 del acuerdo sancionador a título de «ejemplo» para explicar la participación en la Zona Centro.

3.- Se vuelve a reiterar el contenido del correo al folio 77 para referirse a las «reuniones»; y en el mismo sentido se hace esta indicación en el folio 87.

Ningún otro dato o extremo que pueda ser integrado como «hechos probados» aparece referido en el acuerdo de sancionador.

Sobre esta base documental la CNMC construye la imputación de la actora en la participación en una infracción única y continuada consistente en el intercambio de información comercial sensible, reparto del mercado del hormigón y acuerdo de precios desde el 2009 hasta el 2014, «[a]l poder identificarse diversos elementos de unidad de actuación y finalidad en cada uno de los mercados. Así, el mercado del cemento se ha llevado a cabo una infracción única y continuada en el periodo ya señalado, y en el mercado del hormigón cabe apreciar la existencia de una infracción única y continuada en cada una de las zonas definidas (noreste, centro y sur) [...]» (folio 87).

QUINTO.- Descritos lo que fueron calificados como hechos probados, debemos valorar si la motivación de la participación y culpabilidad de la actora se halla correctamente asentada, y se respetan los estándares mínimos que exige nuestro derecho sancionador.

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

En primer lugar, no estamos ante el resultado de una prueba indiciaria que nos permita intuir la participación de la actora en el cártel. En la prueba indiciaria se parte de un hecho conocido y cierto del que a través de un razonado proceso de análisis deductivo se concluye la existencia de otro desconocido, hasta ese momento, pero también cierto y veraz, donde se culmina y manifiesta la conducta infractora.

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

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

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

En el presente litigio solo tenemos como hecho conocido y cierto el correo interno de un tercero, en el que ni participó ni se dirigió o redirigió a MAHORSA, y en el que se hace referencia a la actora; nada más. No tenemos constancia que, respecto ese tercero y en relación a la actora, los hechos a los que se refiere o indica fueran ciertos, hubieran tenido lugar, o que en la información intercambiada hubiera tenido efectiva participación quien aquí recurre.

Lo que otros digan de un tercero podría ser válido como indicio para llevar a cabo una investigación, pero necesita de otros elementos que justifiquen, cuanto menos, que lo dicho o hablado de entre ellos, respecto del tercero resulta cierto o verosímil. En todo caso debe ser confirmado por otros extremos que revelen, sin

dudas, su participación o conocimiento de la infracción. El rumor debe estar confirmado por otras actuaciones y debidamente expuesto en el proceso de motivación a la hora de imponer la sanción.

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

En segundo lugar, la infracción que se le imputa a la actora ha sido calificada como única y continuada, lo que tiene lugar cuando se participa en prácticas colusorias que constituyen (i) la existencia de un plan global que persigue un objetivo común, (ii) la contribución intencional de la empresa a ese plan, (iii) y el hecho de que se tenía conocimiento (demostrado o presunto) de los comportamientos infractores de los demás participantes, como nos recordó la STJUE de 16 de junio de 2011, Asunto T-211/08, Putters International NV, (apartados 34 y 35).

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

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

SEXTO.- Lo dicho y nos lleva a la íntegra estimación del recurso con anulación de la resolución impugnada en la parte de la infracción y sanción que se refiere a MAHORSA, sin que resulte necesario que entremos en el análisis del resto de los motivos invocados en el escrito de demanda.

SÉPTIMO.- La estimación del recuso exige la condena en costas a la Administración de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la LJCA.

FALLAMOS

Que debemos estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por **MATERIALES Y HORMIGONES, S.L.** contra la resolución de 5 de septiembre de 2016, S/DC/0525/14 CEMENTOS, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, que anulamos en la parte de la infracción y sanción referida a la actora, con expresa condena en costas a la Administración.

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

Lo que pronunciamos, mandamos y firmamos.

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

En Madrid a doy fe