



Roj: **SAN 4180/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:4180**

Id Cendoj: **28079230062020100389**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **24/11/2020**

Nº de Recurso: **512/2016**

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: 0000512/2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05879/2016

Demandante: TENESIVER S.L.

Procurador: D. EDUARDO AGUILERA MARTINEZ

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 **512/2016**, el recurso contencioso-administrativo formulado por **TENESIVER**, S.L. representada por la procuradora doña Rocío Blanco Martínez 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 127.319 euros.

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

ANTECEDENTES DE HECHO



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

SEGUNDO.- Se formalizó la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando «*[la que estime el recurso contencioso-administrativo interpuesto por esta representación; e imponga en todo caso el pago de las costas a la Administración [...]]*».

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 TENESIVER, S.L. una sanción consistente en una multa de 127.319 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.

En la parte dispositiva de esa resolución, se indicaba:

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

(...)

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

(...)

24. TENESIVER, 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:

(...)

24. TENESIVER, S.L.: 127.319 euros [...]]»

Como resumen de los hitos más relevantes del expediente podemos señalar que:

1.- En el marco de la información reservada y en cumplimiento de las Órdenes de Investigación dictadas el 8 de septiembre de 2013, la Dirección de Competencia (en adelante, DC) realizó inspecciones domiciliarias simultáneas los días 16 a 18 de septiembre de 2013 en los locales y oficinas de la Asociación Nacional Española de Fabricantes 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 y para el mercado del hormigón, una infracción única y continuada en esa zona geográfica cometida por las empresas BETÓN 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 del 5 de septiembre de 2016.

SEGUNDO.- Comienza el escrito de demanda afirmando que (i) la infracción se justifica únicamente en dos correos que no revelan ninguna práctica anticompetitiva, sino que fueron la respuesta a las negociaciones mantenidas entre TENESIVER y Betón Catalán. En el curso de estas TENESIVER tomó, a principios de 2014, la decisión de cerrar la planta de hormigón con la que contaba en Valladolid y el suministro pasó a la empresa Betón Catalán. Sobre esta razón gira el argumento nuclear de la demanda que corrobora con la aportación de un informe pericial en el que explica las razones empresariales adoptadas por la actora, y que fueron exclusivamente económicos. (ii) Sostiene que no existen pruebas que acrediten la participación de TENESIVER en una infracción única y continuada. (iii) Dice que las inspecciones son nulas por infracción de los artículos 27 de la Ley 3/2013 y 13 RDC en relación con el artículo 18 de la Constitución, por lo genérico de las órdenes de investigación. (iv) Considera que se ha infringido el derecho de defensa del artículo 24 de la Constitución. (v) Con carácter subsidiario afirma que no se respeta el principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción.

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

TERCERO.- Las alegaciones contenidas en el escrito de demanda pueden ser ordenadas en cuestiones de índole formal y de fondo.

Dentro de las primeras identificamos la queja sobre las irregularidades que detecta en las órdenes de inspección.

Debemos empezar recordando que a pesar de que un juzgado hubiera autorizado la entrada, no es óbice para que esta Sala se pronuncie sobre la validez y eficacia de la orden de investigación como resulta de la STS de 10 de diciembre de 2014, recurso 4201/2011.

En cuanto al contenido concreto de la orden, el artículo 13.3 del Real Decreto 261/2008, (RDC) de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (BOE de 27 de febrero), concreta el contenido de una Orden de Investigación, que requiere de *«[u]na autorización escrita del Director de Investigación que indique 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, para el caso de que las empresas no se sometan a las inspecciones u obstruyan por cualquier medio la labor de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia. [...]»*.

En el presente caso, tal y como se recoge en reseñados por la actora en su escrito de demanda, las ordenes sí responden a contenido suficientemente detallado, en cuanto identifican su destinatario, el objeto, su alcance y el fin perseguido, que las apartan de lo genérico y abstracto.

A pesar de las quejas expresadas en el escrito de demanda, la orden investigación resulta análoga a otras tantas dictada por la CNMC, como por ejemplo la que fue revisada por la STS de 16 de enero de 2015, recurso 5447/2011, en la que haciendo suyas las palabras de esta Sala reprodujo que en el FJ 3º que *«[n]o se considera se haya vulnerado el derecho a la defensa por cuanto la orden de investigación indicaba el objeto, finalidad y alcance de la Inspección. Ello permitió conocer a la empresa el alcance de su deber de colaboración y el ámbito al que ceñía la Inspección, advirtiéndole de las consecuencias de la falta de colaboración. En este caso sólo se procedió a recabar documentación preexistente y no se requirió ningún tipo de información más allá de la mera indicación de la ubicación de los soportes donde se encontraba la misma. Asimismo no consta acreditado que se*

incautara documentación no relacionada con el objeto de la investigación delimitado en la orden de la Inspección [...]».

En definitiva, la Sala ha confirmado la legalidad de otras órdenes de investigación de corte parecido, como por ejemplo en la sentencia ya firme de 12 de mayo de 2015, recurso 175/2013, criterio que reiteramos en las posteriores de 18 de febrero de 2020, recursos 677/2015, 667/2015, o la de 26 de marzo de 2019, recurso 547/2015, en la que también concluimos que «[I]a 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 como era inspeccionar si la recurrente había participado en las conductas colusorias investigadas [...]». En todos estos casos nos atuvimos a las pautas establecidas por el Tribunal General de la Unión Europea en su sentencia de 26 de octubre de 2010 dictada en el asunto T-23/09 ."

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, comenzaremos con la queja en torno a la falta de culpabilidad de la actora por la ausencia de elementos incriminatorios suficientes, en la medida que pudiera condicionar el resto de las alegaciones y la decisión de esta Sala.

Para esta labor es necesario, en primer término, identificar correctamente cuáles son los hechos probados de los que parte la resolución sancionadora. Acto seguido, valoraremos como la Administración ha motivado la participación de la recurrente el cártel y como le imputa 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, el 13 de noviembre de 2013 se fecha un correo interno de BETÓN CATALÁN recogido en el folio 2944 del expediente, donde se informa de la situación de un cliente de Ávila que va a construir un pabellón polideportivo y se analiza la relación con TENESIVER: *«[D]ebido a ciertos movimientos que estamos intentando llevar a cabo por estos lares con la intención de subir precios y mejorar la situación del mercado existe la posibilidad de que esta obra la contrate directamente TENESIVER pero la suministremos nosotros. Por supuesto contando con el beneplácito del Sr. XXX y suponiendo que no tendríamos ningún problema en suministrar y facturar a TENESIVER [...]»,* (folio 45 del acuerdo sancionador en la versión de la página WEB de la CNMC).

2.- El 21 de abril de 2014, un empleado de BETÓN CATALÁN escribe un correo electrónico al responsable del resto de España en esta misma empresa, explicándole un acuerdo de colaboración tripartito entre BETÓN CATALÁN, TENESIVER y COMERCIAL ARROYO, recogido en el folio 2945 del expediente en estos términos: *«[A] mediados del mes de Enero del presente año se llega a un acuerdo entre el Director de Zona de BETON CATALÁN en Valladolid, Sr. XXX y el Director Comercial de TENESIVER, Sr. XXX por el que éste último se compromete a cerrar su planta de hormigón y comenzar a suministrar sus obras desde la planta de BETON CATALÁN en La Cistérniga a partir del mes de Febrero. Como compensación, BETON CATALÁN se compromete a comprar a la empresa COMERCIAL ARROYO CONSTRUCCIÓN el cemento necesario para suministrar a dichas obras. Dicho cemento procede de la Planta que PORTLAND VALDERRIVAS posee en Venta de Baños (Palencia) y que COMERCIAL ARROYO distribuye y vende con precio final en planta, es decir, materia prima más transporte no existiendo por tanto relación comercial alguna con PORTLAND VALDERRIVAS. Se pactaron los diversos precios entre BETON y TENESIVER en función de los costes de materias primas, de transporte y de un pequeño margen así como el precio al que COMERCIAL ARROYO vendería a BETON.[...]»,* (folio 45 del acuerdo sancionador en la versión de la página WEB de la CNMC).

A este mismo correo y contenido se refiere el folio 71 del acuerdo sancionador, para afirmar que BETÓN CATALÁN estaba interesada en alcanzar una mejor posición competitiva en el año 2014 y no dudó en llegar a los acuerdos con TENESIVER y COMERCIAL ARROYO.

3.- Se vuelve a reiterar el contenido del correo al folio 74 y 75 de la resolución sancionadora para afirmar que *«[S]e pactaron los diversos precios entre BETON y TENESIVER en función de los costes de materias primas, de transporte y de un pequeño margen así como el precio al que COMERCIAL ARROYO vendería a BETON [...]».*

Debemos puntualizar que ningún otro correo o dato, más allá de las valoraciones descritas, se integran como «hechos probados» del 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, junto a las empresas BETÓN



CATALÁN, VALDERRIVAS, COMERCIAL ARROYO, TENESIVER, HORMIBUSA, LAFARGE, CEMEX y MAHORSA «[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) [...]».

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

Podemos anticipar que la infracción imputada a TENESIVER 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 TENESIVER, 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 este caso se da la particularidad de que la actora intentó explicar la razón de esa relación. Ya dijo ante la Administración que estaba decidida a cerrar su planta de hormigón en Valladolid a comienzos de 2014 y pasar a suministrarse de BETÓN CATALÁN, ya que el coste de producción de su planta era superior al precio ofrecido por BETÓN CATALÁN. A esta razonable explicación, la CNMC sin mayores argumentos se limitó a expresar «las alegaciones efectuadas por las empresas no pueden desvirtuar los hechos acreditados» (folio 114).

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 TENESIVER, sin que resulte necesario que entremos en el análisis del resto de los motivos invocados en el escrito de demanda, con 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 **TENESIVER, 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.