



Roj: **SAN 3165/2022 - ECLI:ES:AN:2022:3165**

Id Cendoj: **28079230062022100404**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **27/06/2022**

Nº de Recurso: **296/2017**

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:** 0000296 /2017

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 02432/2017

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

**Procurador:** D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> ESTHER CENTOIRA PARRONDO

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

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

### **SENTENCIA N<sup>o</sup>:**

**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

Madrid, a veintisiete de junio de dos mil veintidós.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 296/17 promovido por la procuradora D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Esther Centoira Parrondo, en nombre y representación de **HANSON HISPANIA, S.A.**, contra la Resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC"), el 23 de febrero de 2017, en el Expediente NUM000 HORMIGONES DE ASTURIAS, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 1.710.812 euros por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Ha sido parte en autos la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** - Interpuesto el recurso y seguidos los oportunos trámites prevenidos por la Ley de la Jurisdicción, se emplazó a la parte demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el

que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba suplicando se dictase sentencia por la que:

*"(a) Declare la nulidad de pleno derecho o anule la citada Resolución Impugnada.*

*(b) Con carácter subsidiario, declare la nulidad de pleno derecho o anule la Resolución Impugnada con retroacción de las actuaciones al momento en el que a mi mandante le fue denegada la Prueba Propuesta por Hanson Hispania, en los términos indicados en el Fundamento Jurídico Material Segundo.*

*(c) Con carácter subsidiario, declare nulo o anule el dispositivo Tercero de la Resolución Impugnada, en lo que impone una multa a Hanson Hispania de 1.710.812 Euros.*

*(d) Con carácter subsidiario, reduzca la sanción impuesta a mi mandante a un importe meramente simbólico o significativamente inferior, por haber sido ésta impuesta en infracción del principio de proporcionalidad, de motivación de los actos administrativos y en contra de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.*

*(e) En todo caso, y según lo expuesto en el Fundamento Jurídico-Procesal Quinto, se condene a la Administración demandada a correr con la totalidad de las costas, de acuerdo con lo previsto en el Artículo 139.1 de la LJCA, al haber dictado la Resolución Impugnada objeto del presente recurso con infracción manifiesta de las Leyes".*

**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.** - Pendiente el recurso de señalamiento para votación y fallo cuando por turno le correspondiera, se fijó para ello la audiencia del 1 de junio del año en curso, fecha en que tuvo lugar.

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 dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC"), el 23 de febrero de 2017, en el Expediente NUM000 HORMIGONES DE ASTURIAS, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 102.922,00 euros por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

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

*PRIMERO. - Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción única y continuada 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 y directivos:*

*(...)*

*3. HÁNSON HISPANIA, S.A. (HANSON), por su participación en el cártel desde el año 1999 hasta el año 2014.*

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

*3. HÁNSON HISPANIA, S.A. (HANSON), 1.710.812 euros.*

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

*QUINTO. - (...)*

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

*(...)"*

Recoge la resolución recurrida los datos procedimentales de interés y entre ellos, los siguientes:

1-Con fecha 6 de noviembre de 2014, tuvieron entrada en la Dirección de Competencia dos escritos en los que se ponía de manifiesto la existencia de un reparto de mercado entre empresas hormigoneras en distintas zonas de Asturias (folios 1 y 2). A los escritos se adjuntaban una serie de tablas Excel en las que aparecían varias relaciones de obras, correspondientes a distintas zonas de Asturias (Avilés, Oviedo y Gijón), a las que se asignaban números comprendidos entre el 1 y el 10. En uno de los escritos, se facilita la correspondencia entre



estos números y las correspondientes empresas. y, además, se señalaba la existencia de repartos también en otras zonas de Asturias y la celebración de reuniones periódicas entre las empresas, en las que se decidía el reparto de obras y se acordaba la estrategia para ir unidos a las grandes obras (Hospital Universitario Central de Asturias (HUCA), puerto de Gijón, autopistas...).

2-Como consecuencia de ello se acordó iniciar una información reservada con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de expediente sancionador.

3-En el marco de dicha información reservada, se realizaron, con fechas 20 y 21 de enero de 2015, inspecciones en las sedes de FÁBRICA DE HORMIGONES INDUSTRIALES, S.A. (FHISA), GENERAL DE HORMIGONES, S.A. (GEDHOSA), HORMIGONES NALON, S.A. (GONASA) y HORMIGONES PELAYO, S.A. Que de la información obtenida durante las inspecciones domiciliarias, pudo deducirse la existencia de indicios racionales de la comisión, por parte de FABRICA DE HORMIGONES INDUSTRIALES, S.A. (FHISA), HANSON HISPANIA, S.A., HORMIGONES PELAYO, S.A., GENERAL DE HORMIGONES, S.A., HORMIGONES LA ESTRELLA DE OLLONIEGO, S.A., HORMIGONES AVILES OVIEDO, S.A. (HORAVISA) y LAFARGE ARIDOS Y HORMIGONES, S.A., de una infracción del artículo 1 de la LDC, consistente en un posible reparto del mercado y/o acuerdos de fijación de precios y/o intercambio de información comercial sensible en los mercados de fabricación, distribución y comercialización de hormigón y/o productos estrechamente relacionados, en Asturias y territorios próximos.

4-Con fecha 13 de julio de 2015, fue incoado expediente sancionador contra las citadas empresas (folios 614 a 633).

5- Con fecha 20 de noviembre de 2015, fueron efectuados requerimientos de información a una serie de empresas, en su mayoría constructoras y promotoras, con el fin de que identificaran a las empresas que les habían suministrado el hormigón en determinadas obras. Se solicitaba, asimismo, que indicaran si habían recibido ofertas de otras empresas y que señalaran los precios y cantidades suministradas (folios 806 a 945 y 948 a 983). Que las contestaciones a los requerimientos tuvieron entrada en la CNMC entre el 23 de noviembre y el 15 de enero de 2016 (folios 984 a 989, 993 a 1063, 1071 a 1226, 1237 a 1382, 1401 a 1827, 1829 a 1881, 1886 a 1962, 1964 a 2139 y 2146).

7- Con fecha 17 de diciembre de 2015, la Audiencia Nacional (recurso 2/2015) desestimó el recurso contencioso-administrativo presentado por FHISASTUR contra la inspección efectuada por la CNMC, declarándola conforme a derecho.

8-De la información obtenida se dedujo la existencia de indicios racionales de la comisión, por parte de JUAN ROCES, S.A., HORMIGONES DEL SELLA, S.A. (HORSELLA), PANELASTUR, S.L., ESSENIUM HORMIGONES, S.L. y HORMIGONES NALON, S.A. (GONASA), de una infracción del artículo 1 de la LDC, consistente en un posible reparto del mercado y/o acuerdos de fijación de precios y/o intercambio de información comercial sensible en los mercados de fabricación, distribución y comercialización de hormigón y/o productos estrechamente relacionados, en Asturias y territorios próximos. Así, con fecha 25 de enero de 2016, fue ampliada la incoación de expediente sancionador contra las citadas empresas (folios 2149 a 2203).

9-. Con fechas 25 de enero y 9 de febrero de 2016, el mismo requerimiento de información anterior fue ampliado a otras entidades adicionales y, además, se solicitó a UTE HOSPITAL la aportación de sus Estatutos e información sobre su objeto social y periodo de funcionamiento (folios 2204 a 2227 y 2341 a 2344). Las contestaciones a los requerimientos tuvieron entrada en la CNMC entre el 1 y el 19 de febrero de 2016 (folios 2272 a 2314, 2323 a 2420, 2437 a 2497 y 2506 a 2529).

10-A la vista de la información obtenida de las respuestas a los requerimientos de información, con fecha 20 de abril de 2016, fue ampliada la incoación de expediente sancionador contra las empresas CANTERAS INDUSTRIALES DEL BIERZO, S.A., CANTERAS DEL NOROESTE, S.L., HORMIGONES DE AVILES, S.A. y HORMIGONES EL CALEYO, S.A. por la existencia de indicios racionales de la comisión de una infracción del artículo 1 de la LDC, consistente en un posible reparto del mercado y/o acuerdos de fijación de precios y/o intercambio de información comercial sensible en los mercados de fabricación, distribución y comercialización de hormigón y/o productos estrechamente relacionados, en Asturias y territorios próximos.

10-. Con fecha 10 de junio de 2016, fue incoado expediente sancionador contra D. Maximino , Directivo de FHISA.

11. Con fecha 20 de junio de 2016, fue acordado el Pliego de Concreción de Hechos (PCH), que fue debidamente notificado a las partes a los efectos de que pudieran presentar las alegaciones que estimasen oportunas (folios 2902 a 2980). En la misma fecha, se requirió a los interesados información en relación con el volumen de negocios total y del mercado afectado, a los efectos del cálculo de una eventual sanción (folios 2981 a 2982).



12.-Con fecha 29 de julio de 2016, el instructor acordó el cierre de la fase de instrucción del procedimiento (folios 4677 a 4693); el 26 de agosto de 2016, el Director de Competencia adoptó la Propuesta de Resolución del procedimiento, que fue debidamente notificada a las partes (folios 4726 a 4876), que presentaron escritos de alegaciones (folios 5546 a 5756, 5910 a 6162, 6463 a 6475), elevándose el 14 de septiembre de 2016 por el Director de Competencia a la Sala de Competencia de la CNMC el informe propuesta para su resolución (folio 5757).

13. Tras ser requeridos los interesados el volumen de negocios total en España y en el mundo correspondiente al año 2016, a los efectos del cálculo de una eventual sanción (folios 6369 a 6371), se dictó la resolución recurrida en el presente procedimiento, que sanciona a la mercantil recurrente por su participación en una infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC, consistente en un cártel de reparto del mercado y fijación de precios del suministro de hormigón en Asturias y alrededores, al menos, desde 1999 hasta 2014.

**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:

"3. HANSON HISPANIA, S.A.

*HANSON es uno de los principales fabricantes de hormigón preparado y de árido en España.*

*HANSON forma parte del británico Grupo Hanson que, desde 2007, está integrado en el grupo alemán HeidelbergCement.*

*Posee 18 plantas hormigoneras en Cataluña, Baleares, Asturias, País Vasco y Aragón y canteras en Madrid, Cataluña, Aragón, Murcia, Castilla y León, Asturias y País Vasco.*

*De acuerdo con la información publicada por Informa, cuenta en España con unos 120 empleados y su valor de ventas en el mercado nacional fue en el 2012 de unos 42 millones de euros".*

Concreta que el mercado de producto afectado por las conductas objeto de este expediente es el de fabricación, distribución y comercialización de hormigón (Código NACE C.23.63 Fabricación de hormigón fresco), que define como un mercado independiente, diferenciado del de los áridos y los morteros, que se encuentran estrechamente relacionados con el del hormigón y, precisa que el hormigón 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 y 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.

Por lo que se refiere al mercado geográfico, explica que está fuertemente influenciado por las características del propio producto y que la rentabilidad y la durabilidad de cemento y hormigón son factores importantes que influyen en el alcance geográfico de estos mercados, que se dimensionan teniendo en cuenta la situación de las plantas productoras y el lugar donde ha de ser servido el producto y que, en el caso de grandes obras, existe la posibilidad de establecer las denominadas plantas móviles de producción que se montan cercanas al lugar donde se va a realizar la obra, resultando viables económicamente debido a la magnitud de la obra. Añade que normalmente, de la distancia máxima de suministro para asegurar esta viabilidad económica, se infiere que el mercado geográfico se define por isócronas alrededor de la planta de producción, en atención al elevado impacto del transporte sobre el coste del producto.

Delimitado de este modo el mercado afectado, la resolución recurrida aborda la descripción de los "hechos acreditados", que a efectos expositivos, agrupa por periodos temporales, de los que, a su juicio, resulta acreditada la existencia de un reparto de obras que, además lleva aparejado un acuerdo de precios entre las empresas sancionadas, de manera que a cada obra se le asigna, no solamente una empresa suministradora, identificada por un número, sino también un precio de referencia, que habrá de ser superado por los restantes integrantes en el cártel, a la hora presentar sus ofertas, de forma que resulten menos atractivas para los clientes. Añade que los intercambios de información entre los participantes han formado parte también del *modus operandi* de las empresas hormigoneras en el marco del acuerdo, tanto con carácter previo al reparto, poniendo en común las obras disponibles y las solicitudes de presupuestos recibidas, como a posteriori, de cara a controlar si los participantes cumplen las condiciones acordadas, mediante la comunicación de las ofertas realizadas y de las cantidades producidas para cada una de las obras asignadas, y de cara a efectuar las compensaciones correspondientes y que esta forma de operar se materializaba en forma de reuniones, intercambios de correos electrónicos e incluso de Whatsapp y faxes. Explica que, una vez repartidas las obras, resultaba preciso realizar un seguimiento de las cantidades de hormigón suministradas a cada una de ellas, de cara a comprobar que la cuota de mercado de cada participante se ajustaba al porcentaje acordado en el marco del cártel y que, el hecho de que las cantidades inicialmente previstas para cada obra van



sufriendo ajustes a lo largo de la ejecución de la obra, obligaba a un estrecho seguimiento de las cantidades producidas por cada participante, resultando de los documentos que obran en el expediente, que las empresas participantes aportaban datos de producciones diarias, individualizados para cada obra, que posteriormente eran incorporados a distintas tablas. Por lo demás subraya el carácter secreto de los acuerdos.

Por lo que se refiere a la duración de la conducta, se afirma que ha tenido una continuidad ininterrumpida durante al menos 15 años y concluye que nos encontramos ante una infracción única y continuada.

En el Apartado 4.4 de la Resolución recurrida se aborda la responsabilidad de cada de una de las empresas sancionadas y su participación en las conductas y, respecto de Hormigones del Sella SA (HORSELLA) se hace en los siguientes términos:

*"Se considera que HANSON participó en el cártel de reparto de mercado y fijación de precios del suministro de hormigón en Asturias y alrededores, desde el año 1999 hasta el año 2014.*

*Ha quedado acreditado durante la instrucción del expediente, que HANSON es la empresa denominada con el número 4 en las tablas de obras y repartos.*

*Las tablas de reparto de 2001 y 2002 correspondientes a la zona de Langreo, recabadas en formato papel en la sede de PELAYO, muestran la participación de cuatro empresas denominadas como H1, H2, H3 y H4. Se considera que HORSELLA participó en el cártel de reparto de mercado y fijación de precios del suministro de hormigón en Asturias y alrededores, desde el año 2008 El porcentaje de reparto atribuido a H2 en 2001 era 29% (folios 176, 180, 184, 189, 192 y 196), en línea con los asignados al número 4 en la zona de Langreo en las tablas restantes, lo que permite deducir que la empresa identificada por el número 4 anteriormente era identificada como H2.*

*Además, en las anotaciones manuscritas de PELAYO de 2005, en relación con la zona de Langreo, aparece "HANSON NO LA QUIERE HACER" (folio 117), lo que no deja dudas de su participación en la zona de Langreo.*

*Asimismo, en la tabla manuscrita correspondiente a la zona de Langreo de 2011 que obra en el folio 122, se asigna un porcentaje del 25%, similar a los anteriores, a "HAN", no cabe duda de que en referencia a HANSON. Igualmente, en las tablas de producción del folio 124, se asignan determinadas cantidades a "h" y en las de los folios 126 a 131 a "HS", para unas obras que son asignadas, entre otros, al número 4 en las tablas correspondientes a Langreo, de 2012 a 2014 (folios 555, 569, 593, 600 y 607).*

*En la conversación mantenida, con fecha 20 de agosto de 2013, entre D. [ Jose Pablo ], Director Comercial de PELAYO, y D. [ Carlos Antonio ], Gerente de PELAYO, en relación con las obras pendientes de adjudicar, se hace referencia a una obra para Cejoysa, consistente en un chalé en La Gufa. Al día siguiente, D. [ Carlos Antonio ] señaló "Cejoysa-h4 -77€", a lo que D. [ Jose Pablo ] contestó: "No tengo muy claro que le toque a Hanson hacer lo de Cejoysa" (folios 494 a 496), lo que permite deducir que h4 es HANSON.*

*Se comprueba que la obra en cuestión se asigna al número 4 en las tablas correspondientes a Gijón de 2013 y 2014 (folios 573, 592 y 599).*

*Por otra parte, con fecha 3 de diciembre de 2013, D. [ Carlos Antonio ], de HANSON, remitió a D. Maximino , Directivo de FHISA, un correo electrónico al que adjuntaba, por una parte, un listado de obras, completado con anotaciones manuscritas, asignadas al número 4, y, por otra, una tabla de producciones diarias, correspondientes al mes de noviembre de 2013. Se comprueba que las citadas producciones se corresponden con obras asignadas al número 4.*

*Igualmente, según la información facilitada por varias empresas constructoras a las que se la ha requerido información, HANSON fue la empresa suministradora del hormigón en las obras que las tablas asignan al número 449.*

*Como puede apreciarse, todos los clientes que han sido consultados por la Dirección de Competencia por obras de distintas zonas y años, que habían sido asignadas al número 4, han coincidido en señalar que el suministro de hormigón fue efectuado por HANSON.*

*A la vista de todo lo anterior, no puede haber duda alguna de que el número corresponde a HANSON, lo que además sería concordante con la información facilitada con fecha 6 de noviembre de 2014, donde se indica que HANSON es el número 4 (folio 2)".*

**TERCERO.** Disconforme con la resolución recurrida, la sociedad actora opone frente a la misma los siguientes motivos de impugnación:

1- La imputación realizada contra HANSON HISPANIA se basa en documentos obtenidos en inspecciones que resultan ser nulas de pleno derecho. Las Órdenes de Investigación que sirvieron de base para permitir la copia de los documentos que sustentan la imputación contra Hanson Hispania deben ser declaradas nulas al haber



definido el objeto y finalidad de las inspecciones de manera amplia y genérica, en contravención de lo dispuesto por el Tribunal Supremo en su jurisprudencia Unesa y Trasmediterránea.

2-Vulneración del derecho de HANSON HISPANIA de acceso a la prueba (ex art. 24 ce) que genera indefensión y vicia el procedimiento de nulidad . La Prueba Propuesta por Hanson Hispania era absolutamente pertinente y que el Consejo de la CNMC y la Dirección de Competencia denegaron su práctica injustificadamente, resulta evidente que se ha vulnerado el derecho fundamental de acceso a la prueba de Hanson Hispania lo cual le ha generado una manifiesta indefensión (ex. Artículo 24 de la CE) y que, en consecuencia, todo lo actuado por la CNMC, debe declararse nulo (ex. Artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) y ex. Artículo 62.1.a) de la hoy derogada Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC)), al menos respecto de Hanson Hispania.

3.- La imputación sostenida contra HANSON HISPANIA resulta infundada ya que no ha quedado acreditado que dicha compañía sea la empresa tras las distintas siglas de las tablas excell con las que la resolución recurrida le identifica. Ausencia de elementos de prueba directos que relacionen a HANSON HISPANIA con las presuntas prácticas durante el periodo 1999 a mayo de 2010. Lo s restantes elementos aducidos en la resolución impugnada (relativos al periodo mayo 2010 a 2014) tampoco pueden considerarse suficientes para sostener la imputación de HANSON HISPANIA en el expediente.

4.- Con carácter más subsidiario, la sanción impuesta a HANSON HISPANIA no se ajusta a derecho y debe ser anulada.

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, a continuación, el motivo de impugnación que denuncia el carácter indeterminado de las órdenes de inspección y falta de definición de su objeto y finalidad lo que lleva aparejado, para la recurrente, la imposibilidad de fundamentar su imputación en los documentos obtenidos en aquellas.

Corresponde, por tanto, ahora analizar si la Orden de Investigación respeta en su contenido y forma las exigencias previstas en el artículo 13.3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

El debate implica, por tanto, precisar cuál debe ser el alcance de la información que debe recogerse en la Orden de Investigación para justificar la entrada y registro domiciliario y evitar así una actuación arbitraria, discriminatoria y caprichosa de la Administración en la búsqueda de pruebas inculpatorias.

Pues bien, para determinar cuál debe ser el contenido de la Orden de Investigación acudiremos a la jurisprudencia comunitaria en cuanto que ha precisado el contenido de los conceptos jurídicos indeterminados "objeto y finalidad de Inspección" que legitiman la misma. Así la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, de 8 de marzo de 2007, Asunto France Télécom-España (Asunto T- 339/04 ), señala:

*"58. La exigencia de que la Comisión indique el objeto y la finalidad de la inspección constituye una garantía fundamental del derecho de defensa de las empresas afectadas y, en consecuencia, el alcance de la obligación de motivar las decisiones de inspección no puede ser restringido en función de consideraciones relativas a la eficacia de la investigación. A este respecto hay que precisar que, si bien es cierto que la Comisión no está obligada a comunicar al destinatario de una decisión de inspección todas las informaciones de que dispone acerca de supuestas infracciones, ni a delimitar de modo preciso el mercado relevante, ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de dichas infracciones, ni a indicar el período durante el que se cometieron las mismas, sí debe, en cambio, señalar lo más claramente posible los indicios que pretende comprobar, a saber, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la inspección.*

*59. Con esta finalidad, la Comisión también está obligada a exponer, en la decisión que ordena la inspección, una descripción de las características esenciales de la infracción objeto de sospecha, indicando el supuesto mercado de referencia y la naturaleza de las restricciones de competencia objeto de sospecha, explicaciones sobre la manera en la que se supone que la empresa objeto de inspección está implicada en la infracción, qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación, así como las facultades conferidas a los investigadores comunitarios".*

Esta Sala siguiendo la doctrina fijada en la sentencia del TJUE de fecha 25 de Enero de 2007 (C-407/04 P; Dalmine SpA) sostiene que debe distinguirse entre la información que se facilita una vez iniciado el procedimiento sancionador, de aquella que se facilita en supuestos de investigaciones preliminares o previas



de dicho procedimiento sancionador, señalando dicha sentencia en su párrafo 60 que: *"Como el Tribunal de Primera Instancia declaró acertadamente en el apartado 83 de la sentencia recurrida, si los derechos antes contemplados se extendieran al período anterior al envío del pliego de cargos, como propone la recurrente, se vería comprometida la eficacia de la investigación de la Comisión, dado que, ya durante la primera fase de la investigación de la Comisión, la empresa estaría en condiciones de identificar las informaciones conocidas por la Comisión y, en consecuencia, las que pueden aún serle ocultadas"*. En igual sentido se pronuncia el Tribunal General en la sentencia de 28 de abril de 2010, Asunto T-448/05, caso Amann & Söhne GmbH & Co. KG, en cuyo apartado 336 dice: *"El reproche que las demandantes hacen a la Comisión de que nos les comunicó las informaciones que ya obraban en su poder también carece de pertinencia. En efecto, en el marco de un procedimiento administrativo en materia de competencia, por una parte, la notificación del pliego de cargos y, por otra, el acceso al expediente que permite al destinatario del pliego conocer las pruebas que figuran en el expediente de la Comisión, garantizan el derecho de defensa y el derecho a un juicio justo de la empresa de que se trata. En efecto, la empresa afectada es informada mediante el pliego de cargos de todos los elementos esenciales en los que se apoya la Comisión en esta fase del procedimiento. Por consiguiente, la empresa afectada sólo puede hacer valer plenamente su derecho de defensa después de la notificación de dicho pliego. Si los derechos antes contemplados se extendieran al período anterior al envío del pliego de cargos, se vería comprometida la eficacia de la investigación de la Comisión, dado que, ya durante la primera fase de la investigación de la Comisión, la empresa estaría en condiciones de identificar las informaciones conocidas por la Comisión y, en consecuencia, las que pueden aún serle ocultadas (sentencia del Tribunal de Justicia Dalmine/Comisión, citada en el apartado 260 supra, apartados 58 a 60)"*.

De igual modo se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia dictada en fecha 31 de octubre de 2017 (recurso casación nº 1062/2017) en la que se dice: *"A sí pues, cabe coincidir con el Abogado del Estado en lo que se refiere a que en el control judicial de la solicitud de autorización de entrada es necesario que se tome en consideración el tipo de procedimiento en el que se inserta, siendo así que en los casos de investigaciones preliminares en las que se buscan elementos de información que aún no se conocen o no están plenamente identificados, no cabe exigir una información adicional o complementaria que, pudiendo ser propia de un procedimiento sancionador, no se encuentra disponible en una investigación preliminar. La exigencia de una información detallada y exhaustiva sería contraria al efecto útil de inspecciones como instrumento necesario para que la Comisión pudiera realizar sus funciones de velar por el respeto de las normas de competencia. Así pues, lo que resulta exigible en este tipo de procedimientos es que la información suministrada para la solicitud de entrada sea la precisa y necesaria para cumplir los requisitos legales y acreditar la procedencia y necesidad de la medida interesada que restringe el derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio del artículo 18 CE. (...) No cabe extender a la investigación inicial o preliminar reservada las exigencias de información propias de los procedimientos sancionadores en los que la CNMC dispone de indicios y datos suficientes para apreciar la existencia de la infracción"*.

En consecuencia, el alcance de la obligación de motivar y de contener información más detallada "depende de la naturaleza del acto de que se trate y del contexto en el que se haya adoptado, así como del conjunto de normas jurídicas que regulan la materia" (apartado 39 de la sentencia de 26 de octubre de 2010 del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas dictada en el asunto T-23/09 caso Conseil National de l'Prfre des Pharmaciens).

Por ello, no es correcto sostener que la CNMC debe 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 están en su poder y planificar su actuación. No debe olvidarse que la finalidad de la inspección 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.

Pues bien, en el presente caso, la Orden de investigación cumple 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 la Orden de Investigación constan todas las indicaciones formales exigidas que permiten conocer lo que la CNMC buscaba y su fundamento.

En particular, se indicó que el objeto de inspección es obtener la documentación necesaria para verificar la existencia de estos acuerdos, en su caso, de actuaciones de la entidad que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el artículo 1 de la LDC, consistentes, en general, en el reparto del mercado, y/o la fijación de precios, y/o la fijación de condiciones comerciales, así como cualquier otra conducta que pudiera



contribuir al cierre de los mercados de fabricación, distribución y comercialización de hormigón, cemento y otros productos estrechamente relacionados como los áridos y el mortero, en el territorio español.

Además, se estableció una relación general de los documentos objeto de inspección (libros y otros documentos relativos a la actividad empresarial de las empresas investigadas, 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 11 y 12 de febrero de 2015.

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 un mercado de producto, sin que pueda admitirse que existe incorrección e indefinición en la orden de investigación en su determinación. No es cierto que la concreción 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, de forma clara 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.

Del examen conjunto de los elementos expuestos puede deducirse con facilidad lo que la CNMC buscaba y los datos que debían ser verificados.

Para terminar, cumple manifestar que la Administración no está obligada en esa fase a dar una información más detallada sino la estrictamente necesaria para concretar el objeto, finalidad y alcance de la Inspección. Como señala la sentencia del Tribunal General de 28 de abril de 2010 asunto T-448/05 caso Amann & Söhne GmbH & Co. KG apartado 336 *"el reproche que las demandantes hacen a la Comisión de que nos les comunicó las informaciones que ya obraban en su poder también carece de pertinencia. En efecto, en el marco de un procedimiento administrativo en materia de competencia, por una parte, la notificación del pliego de cargos y, por otra, el acceso al expediente que permite al destinatario del pliego conocer las pruebas que figuran en el expediente de la Comisión, garantizan el derecho de defensa y el derecho a un juicio justo de la empresa de que se trata. En efecto, la empresa afectada es informada mediante el pliego de cargos de todos los elementos esenciales en los que se apoya la Comisión en esta fase del procedimiento. Por consiguiente, la empresa afectada sólo puede hacer valer plenamente su derecho de defensa después de la notificación de dicho pliego. Si los derechos antes contemplados se extendieran al período anterior al envío del pliego de cargos, se vería comprometida la eficacia de la investigación de la Comisión, dado que, ya durante la primera fase de la investigación de la Comisión, la empresa estaría en condiciones de identificar las informaciones conocidas por la Comisión y, en consecuencia, las que pueden aún serle ocultadas (sentencia del Tribunal de Justicia Dalmine/Comisión, citada en el apartado 260 supra, apartados 58 a 60)"*.

Por lo expuesto, entendemos que la CNMC cumplió con la obligación de motivación exigida y que no se producido la vulneración del derecho de defensa que la recurrente vincula al carácter genérico de la orden inspección y a la insuficiente determinación de su justificación, fundamento y alcance.

Así las cosas, la posibilidad de utilización del material incautado en el registro viene determinado por conformidad a derecho de la entrada en el domicilio y el correcto desarrollo de la actuación. De investigación.

**QUINTO.** - Antes de continuar, es necesario insistir en que a la recurrente se le ha sancionado por la comisión de una infracción única y continuada de reparto del mercado y fijación de precios del suministro de hormigón en Asturias y alrededores, al menos, desde 1999 hasta 2014.

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 Participazioni (C- 49/92 P, Rec. p. I-4125), apartado 82, sobre el concepto de infracción única y continuada en la que se afirmó que para acreditar la existencia de una infracción única y continuada, la Comisión debe probar, en particular, que la empresa intentó contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras





empresas en la consecución de los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, apartado 31 *supra*, apartado 87). Y añadió que las prácticas colusorias sólo pueden ser consideradas elementos constitutivos de un acuerdo único restrictivo de la competencia si se acredita que se inscriben en un plan global que persigue un objetivo común. Además, sólo si la empresa supo, o debería haber sabido, cuando participó en las prácticas colusorias que, al hacerlo, se integraba en el acuerdo único, su participación en las prácticas colusorias de que se trata puede constituir la expresión de su adhesión a dicho acuerdo (sentencia del Tribunal de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95, Rec. p. II-491, apartados 4027 y 4112).

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

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

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

Como decíamos en sentencia de 9 de junio de 2016, recaída en el recurso 551/13, respecto de la prueba de las infracciones en materia de competencia:

*"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 ratificamos en la sentencia de 15 de julio de 2016, recurso número 293/2012 que, al tratar sobre la prueba de indicios, declara lo siguiente: "(...) 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. Pues bien, todos los elementos fácticos señalados - cita en documentos y comportamiento de la actora-, llevan a una sola conclusión posible, y es la participación de la recurrente en los hechos que se le imputan; sin que se haya ofrecido una explicación alternativa razonable, y sin que la Sala alcance a encontrar otra explicación distinta de la dada por la CNC a los hechos que nos ocupan".

Ya desde la sentencia de 6 de marzo de 2000, recurso núm. 373/93, el Tribunal Supremo viene declarando al referirse a la prueba de presunciones que "estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su



*conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o conciertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda."*

Y en el ámbito europeo, podemos citar la sentencia de 27 de setiembre de 2006 del Tribunal General de la Unión Europea (TGUE), (asuntos acumulados T-44/02 OP, T-54/02 OPM, T-56/02 OP, T-60/02 OP y T-61/02 OP), que, en cuanto a la prueba de presunciones en materia de Derecho de la Competencia, señala que *"Habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes. Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas sobre competencia (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartados 55 a 57)".*

También el Tribunal General en la sentencia de 3 de marzo de 2011 Caso Siemens/Comisión, asunto T-110/07 al referirse a la carga de la prueba declara lo siguiente:

*"(46)... es necesario que la Comisión presente pruebas precisas y concordantes para demostrar la existencia de la infracción (sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión), apartado 44 supra, apartado 62), y para asentar la firme convicción de que las infracciones alegadas constituyen restricciones sensibles de la competencia a efectos del artículo 81 CE, apartado 1 (sentencia de 21 de enero de 1999, Riviera Auto Service y otros/Comisión, T-185/96, T-189/96 y T-190/96, Rec. p. II-93, apartado 47). (47) Sin embargo, debe señalarse que no todas las pruebas aportadas por la Comisión deben necesariamente responder a dichos criterios por lo que respecta a cada elemento de la infracción. Basta que la serie de indicios invocada por la institución, apreciada globalmente, responda a dicha exigencia (véase la sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión, apartado 44 supra, apartado 63, y la jurisprudencia citada).*

*(48) Además, habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia y de la clandestinidad en la que se ejecutan, por tanto, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes. Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión apartado 44 supra, apartados 64 y 65, y sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004 [ TJCE 2004, 8], Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartados 55 a 57). "*

Y podemos mencionar, en cuanto a la posición del Tribunal Supremo, la reflejada, entre otras, en sentencia de 19 de Junio de 2015, recurso 649/13, que se pronuncia sobre el alcance de esta clase de prueba en los siguientes términos:

*"Al respecto, cabe recordar que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en reiteradas sentencias (SSTC 174/1985, 175/1985, 229/1988), y a la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 18 de noviembre de 1996, 28 de enero de 1999, 6 de marzo de 2000) puede sentarse que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados-no puede tratarse de meras sospechas-y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, se ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el producto deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo. En la sentencia constitucional 172/2005, se afirma que por lo que se refiere en concreto al derecho a la presunción de inocencia este Tribunal ha declarado que la presunción de inocencia sólo se destruye cuando un Tribunal independiente, imparcial y establecido por la Ley declara la culpabilidad de una persona tras un proceso celebrado con todas las garantías ( art. 6.1 y 2 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, al cual se aporte una suficiente prueba de cargo, de suerte que la presunción de inocencia es un principio esencial en materia de procedimiento que opera también en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora ( SSTC 120/1994, de 25 de abril, F. 2; 45/1997, de 11 de marzo, F. 4, por todas). En la citada STC 120/1994 añadíamos que «entre las múltiples facetas de ese*

concepto poliédrico en que consiste la presunción de inocencia hay una, procesal, que consiste en desplazar el onus probandi con otros efectos añadidos». En tal sentido ya hemos dicho - se continúa afirmando la mencionada Sentencia- que la presunción de inocencia comporta en el orden penal stricto sensu cuatro exigencias, de las cuales sólo dos, la primera y la última, son útiles aquí y ahora, con las necesarias adaptaciones mutatis mutandis por la distinta titularidad de la potestad sancionadora. Efectivamente, en ella la carga de probar los hechos constitutivos de cada infracción corresponde ineludiblemente a la Administración pública actuante, sin que sea exigible al inculpado una probatio diabólica de los hechos negativos. Por otra parte, la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola carga de razonar el resultado de dicha operación. En definitiva, la existencia de un acervo probatorio suficiente, cuyas piezas particulares han de ser obtenidas sin el deterioro de los derechos fundamentales del inculpado y de su libre valoración por el Juez, son las ideas básicas para salvaguardar esa presunción constitucional y están explícitas o latentes en la copiosa doctrina de este Tribunal al respecto (SSTC 120/1994, de 25 de abril, F. 2 ; 45/1997, de 11 de marzo , F. 4)".

**SEXTO.-** De acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, debemos examinar, en primer lugar, si en el caso examinado, existe prueba que acredite la participación de la recurrente en la infracción única y continuada por la que ha sido sancionada.

Como ya hemos recogido, en el caso que examinamos, la imputación de la recurrente en la infracción única y continuada del artículo 1 de la LDC, consistente en un cártel de reparto del mercado y fijación de precios de suministro de hormigón en Asturias y alrededores, al menos, desde 1999 hasta 2014, quedaría fundamentada, de acuerdo con la resolución impugnada en los siguientes términos:

*"Se considera que HANSON participó en el cártel de reparto de mercado y fijación de precios del suministro de hormigón en Asturias y alrededores, desde el año 1999 hasta el año 2014.*

*Ha quedado acreditado durante la instrucción del expediente, que HANSON es la empresa denominada con el número 4 en las tablas de obras y repartos.*

*Las tablas de reparto de 2001 y 2002 correspondientes a la zona de Langreo, recabadas en formato papel en la sede de PELAYO, muestran la participación de cuatro empresas denominadas como H1, H2, H3 y H4. Se considera que HORSELLA participó en el cártel de reparto de mercado y fijación de precios del suministro de hormigón en Asturias y alrededores, desde el año 2008 El porcentaje de reparto atribuido a H2 en 2001 era 29% (folios 176, 180, 184, 189, 192 y 196), en línea con los asignados al número 4 en la zona de Langreo en las tablas restantes, lo que permite deducir que la empresa identificada por el número 4 anteriormente era identificada como H2.*

*Además, en las anotaciones manuscritas de PELAYO de 2005, en relación con la zona de Langreo, aparece "HANSON NO LA QUIERE HACER" (folio 117), lo que no deja dudas de su participación en la zona de Langreo.*

*Asimismo, en la tabla manuscrita correspondiente a la zona de Langreo de 2011 que obra en el folio 122, se asigna un porcentaje del 25%, similar a los anteriores, a "HAN", no cabe duda de que en referencia a HANSON. Igualmente, en las tablas de producción del folio 124, se asignan determinadas cantidades a "h" y en las de los folios 126 a 131 a "HS", para unas obras que son asignadas, entre otros, al número 4 en las tablas correspondientes a Langreo, de 2012 a 2014 (folios 555, 569, 593, 600 y 607).*

*En la conversación mantenida, con fecha 20 de agosto de 2013, entre D. [ Jose Pablo ], Director Comercial de PELAYO, y D. [ Carlos Antonio ], Gerente de PELAYO, en relación con las obras pendientes de adjudicar, se hace referencia a una obra para Cejoysa, consistente en un chalé en La Guía. Al día siguiente, D. [ Carlos Antonio ] señaló "Cejoysa-h4 -77€", a lo que D. [ Jose Pablo ] contestó: "No tengo muy claro que le toque a Hanson hacer lo de Cejoysa" (folios 494 a 496), lo que permite deducir que h4 es HANSON.*

*Se comprueba que la obra en cuestión se asigna al número 4 en las tablas correspondientes a Gijón de 2013 y 2014 (folios 573, 592 y 599).*

*Por otra parte, con fecha 3 de diciembre de 2013, D. [ Carlos Antonio ], de HANSON, remitió a D. Maximino , Directivo de FHISA, un correo electrónico al que adjuntaba, por una parte, un listado de obras, completado con anotaciones manuscritas, asignadas al número 4, y, por otra, una tabla de producciones diarias, correspondientes al mes de noviembre de 2013. Se comprueba que las citadas producciones se corresponden con obras asignadas al número 4.*

*Igualmente, según la información facilitada por varias empresas constructoras a las que se la ha requerido información, HANSON fue la empresa suministradora del hormigón en las obras que las tablas asignan al número 449.*



Como puede apreciarse, todos los clientes que han sido consultados por la Dirección de Competencia por obras de distintas zonas y años, que habían sido asignadas al número 4, han coincidido en señalar que el suministro de hormigón fue efectuado por HANSON.

A la vista de todo lo anterior, no puede haber duda alguna de que el número corresponde a HANSON, lo que además sería concordante con la información facilitada con fecha 6 de noviembre de 2014, donde se indica que HANSON es el número 4 (folio 2)".

Pues bien, podemos ya adelantar que el presente recurso ha de ser estimado por las razones que pasamos a exponer.

Las tablas, a las que la resolución sancionadora otorga un valor probatorio exclusivo, olvidándose del completo y exhaustivo relato de hechos que previamente ha efectuado, no constituyen un indicio en el que poder fundamentar la imputación de la recurrente en la infracción única y continuada por la que ha sido sancionada, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional que hemos recogido, por cuanto que no ha quedado acreditado ni quien las confeccionaba ni quien suministraba toda la información que en ellas se refleja. Tampoco se ha argumentado de forma sólida y fundamentada por quien y con qué criterios se realizaban los presuntos repartos del mercado ni se ha explicitado el razonamiento en virtud del cual, partiendo de dichas tablas, se ha llegado a la conclusión de que la recurrente realizó la conducta infractora.

Por lo demás, dicha afirmación no se ve respaldada por los correos electrónicos referidos en el citado apartado 4.4 de la resolución sancionadora.

Tampoco los requerimientos de información enviados por la Dirección Competencia a diversos clientes de las empresas hormigoneras, sobre el suministrador de hormigón en determinadas obras, corrobora que HANSON sea, en todos los casos, el nº 4 de las tan mencionadas tablas. Como explica la mercantil recurrente los únicos ocho clientes consultados por la Dirección de Competencia de la CNMC y las únicas diez obras sobre las que éstos se han pronunciado, carecen de la relevancia estadística suficiente como para poder acreditar que Hanson Hispania es la empresa tras las siglas "H4" por tan solo se refieren a 10 obras de un total de 1505 obras fechadas durante periodo 2010-2014 que ha sido el cubierto por la solicitud de información realizada por la Dirección de Competencia, por lo que la muestra obtenida representa aproximadamente un 0,66% del total de obras indicadas en los documentos relativos al periodo indicado y que, además, no se han explicado los criterios seguidos para la selección de las empresas constructoras a las que ha se requerido información, limitándose a señalar que ha sido aleatorio.

Por lo demás, como también explica la mercantil actora : (i) ) la empresa Ingenieros Construcción y Naves, S.L. había respondido, en realidad, que la obra de "Hoya de Casares" suministrada por Hanson Hispania se refiere al año 2014 y no a los años 2010 y 2011 y que Hanson Hispania acreditó, igualmente, que la citada obra "Hoya de Casares" del año 2014 había sido asignada supuestamente a las empresas "H9", "H11" y "H13" (folio 606 del Expediente) y no a la empresa "H4" como estimaba la CNMC. (ii) Que en ninguna de las tablas de obras aparece tras las siglas "H4" la obra de "La Fresneda" de Constructora Los Álamos, S.A. (iii) La compañía Dragados S.A. (folios 1910 a 1912 indicó en su respuesta que el hormigón de la obra "Museo de la Pesca de Albo" que aparece supuestamente asignada a la empresa "H4" en las tablas de Avilés de 2012 (folios 544, 547 y 551), y por la que le preguntó la Dirección de Competencia, fue suministrado por Fhisa, no por Hanson Hispania, lo que pone en tela de juicio la conclusión del Consejo de la CNMC relativa a que Hanson Hispania es supuestamente la empresa tras las siglas "H4".

Para terminar manifiesta que, frente a los testimonios recabados por la Dirección de Competencia durante la instrucción, Hanson Hispania identificó, a título de ejemplo un número superior de clientes (casi el doble) a los que no suministró hormigón en obras que en las distintas tablas de reparto se habrían supuestamente atribuido a la empresa "H4" y que a tal efecto, Hanson Hispania propuso una prueba consistente en que se librase oficio a dichas empresas constructoras para que se pronunciasen sobre quién había sido la empresa suministradora del hormigón en las referidas obras supuestamente asignadas a "H4", que fue denegada.

A lo dicho cabe añadir que el marco temporal de las obras examinadas no alcanza a todo el periodo temporal de la infracción que se imputa a la mercantil recurrente, que es de un total de 15 años (de 2000 a 2014).

Para terminar, cumple manifestar que la simple afirmación de que HANSON es la empresa denominada con el número 4 de las tablas que se denominan por la CNMC de "obras y repartos" no acredita que formara parte de un plan global, contribuyendo de manera consciente y voluntaria a la consecución de un objetivo común y, además, con conocimiento (demostrado o presunto) de los comportamientos infractores de los demás participantes que, como hemos dicho, son requisitos indispensables para acreditar la participación en una infracción única y continuada.



Así las cosas, el presente recurso ha de ser estimado por cuanto que los indicios de los que ha partido la CNMC para fundamentar la imputación de la recurrente en la infracción por la que finalmente ha sido sancionada, no han quedado plenamente probados y en consecuencia, carecen de virtualidad para enervar el derecho a la presunción de inocencia de HANSON, procediendo en consecuencia la anulación de la resolución impugnada sin necesidad de entrar a examinar los restantes motivos de impugnación articulados en la demanda.

**SÉPTIMO.** - De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA, las costas han de ser impuestas a la Administración demandada.

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

### FALLAMOS

Estimar el recurso contencioso-administrativo por la procuradora D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Esther Centoira Parrondo, en nombre y representación de **HANSON HISPANIA, S.A.**, contra la Resolución dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC"), el 23 de febrero de 2017, en el Expediente NUM000 HORMIGONES DE ASTURIAS, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 1.710.812 euros por la comisión de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que anulamos por lo que atañe a la recurrente, con imposición de costas a la Administración demandada.

La presente sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es susceptible de recurso de casación, que habrá de 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.