



Roj: **SAN 3094/2022 - ECLI:ES:AN:2022:3094**

Id Cendoj: **28079230062022100364**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **27/06/2022**

Nº de Recurso: **280/2017**

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: 0000280 /2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02335/2017

Demandante: HORMIGONES PELAYO , S.A.

Procurador: D. MANUEL MARIA ÁLVAREZ-BUYLLA BALLESTEROS

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA Nº :

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

Madrid, a veintisiete de junio de dos mil veintidós.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 280/17 promovido por el procurador D. Manuel María Álvarez-Buylla Ballesteros, en nombre y representación de **HORMIGONES PELAYO , 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 DE ASTURIAS, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 103.365 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 se declare:

"A. La nulidad de actuaciones y por tanto la revocación de Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 23 de febrero de 2017 dictada en Expte. NUM000 Hormigones Asturias por la que se impone a HORMIGONES PELAYO, S.A, la multa de 103.365 euros como responsable de una infracción única y continuada del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia que resulta nula, con imposición de costas a la Administración demandada.

B. Subsidiariamente, en el supuesto de que no se estime el pedimento anterior, acuerde:

1. Con estimación de esta demanda, revocar la Resolución recurrida, declarando respecto a HORMIGONES PELAYO S.A la inexistencia de participación en conducta susceptible de ser considerada como infracción del artículo 1 de la LDC, con imposición de costas a la Administración demandada.

2. O, en caso de no estimar tampoco el anterior pedimento, acuerde la revocación parcial de la resolución recurrida, en el sentido de declarar la participación de HORMIGONES PELAYO S.A en conducta infractora del artículo 1 LDC desde fecha no anterior a 2010, declarando en su caso prescrita la infracción en años anteriores al 2010.

En este caso, la sanción impuesta en la resolución recurrida ha de ser sustancialmente rebajada, no pudiendo superar el tipo sancionador el 1,5% atendiendo a los criterios de graduación expuestos en la presente demanda como la reducida dimensión del mercado afectado y la menor dimensión geográfica respecto de lo declarado por la CNMC, la ausencia de efectos sobre el mismo, la duración de la conducta y demás criterios expuestos que no han sido objetivamente valorados por la CNMC, vulnerando con ello el principio de proporcionalidad entre las distintas empresas atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada una de ellas".

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 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:

(...)

5. HORMIGONES PELAYO, S.A, (PELAYO), 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:

5. HORMIGONES PELAYO, S.A, (PELAYO), 103.365 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., ESSENTIUM 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. Enrique, 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:

"5. HORMIGONES PELAYO, S.A. (PELAYO)

"PELAYO es una empresa fabricante de hormigón ubicada en Langreo. Según la información publicada por ANEFHOP, cuenta con dos plantas en Asturias, ubicadas en la zona de Langreo y Gijón.

De acuerdo con la información publicada por Informa, cuenta con 22 empleados.

PREFABRICADOS PORCEYO, S.L. (PORCEYO) fue absorbida por HORMIGONES PELAYO en marzo de 2010."

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 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 Whatsapps 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 Pelayo SA se hace en los siguientes términos:

"Se considera que PELAYO 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.

En este sentido, cabe señalar que HORMIGONES PELAYO es igualmente responsable de las actuaciones realizadas por PREFABRICADOS PORCEYO, ya que la primera absorbió a la segunda en 2010. De hecho, en varios documentos del expediente se hace referencia a la empresa como PELAYO o PORCEYO indistintamente.

D. [...], actual Director Comercial de HORMIGONES PELAYO, fue hasta 2010 Presidente y Consejero Delegado de PREFABRICADOS PORCEYO y es precisamente de su despacho de donde provienen los documentos recabados en la inspección a PELAYO.

Reiterada jurisprudencia comunitaria española y pronunciamientos de la CNMC52, admiten que se pueda exceptuar el principio de la responsabilidad personal en aplicación del criterio de la continuidad económica, en virtud del cual una infracción de las normas sobre la competencia puede ser imputada al sucesor económico de la persona jurídica que la haya cometido, con el fin de que el efecto útil de dichas normas no se vea comprometido a causa de los cambios efectuados en las estructuras societarias de las empresas. En el mismo sentido, la Audiencia Nacional ha declarado que cuando no exista persona jurídica a la que se pueda atribuir la responsabilidad por la infracción en la que han estado involucrados los activos transferidos porque la antigua propietaria haya dejado de existir legalmente, los principios de efectividad y eficacia de los artículos 101 y 102 del TFUE conllevan la aplicación del principio de continuidad económica y se traslada la responsabilidad por la infracción a la empresa sucesora.

Esta doctrina ha sido confirmada por el Tribunal Supremo (Sentencia de 16 de diciembre de 2015, rec. 1973/2014) al disponer lo siguiente: "(...) el criterio que debe prevalecer a la hora de depurar las responsabilidades de carácter económico en la sucesión de empresas es la de la permanencia de una entidad económica y empresarial o, dicho, en otros términos, la identidad substancial entre las empresas sucesivas. La modulación de los principios de culpabilidad y responsabilidad dependerá de que se constate una quiebra parcial de continuidad económica y empresarial entre las empresas sucesivas, pero no necesariamente por el mero hecho de que haya habido una reorganización, un cambio de nominación o la adquisición de la empresa por otra, esto es, por un cambio de titularidad. Otra cosa conduciría, como aduce con razón el Abogado del Estado, a la elusión discrecional de responsabilidades por parte de una sociedad mercantil procediendo a cualquiera de las citadas modificaciones.

Portanto, en la medida en que una sociedad fue absorbida por la otra y la persona responsable de las conductas ha prestado sus servicios en calidad de Directivo en ambas empresas, la responsabilidad de las conductas llevadas a cabo por PREFABRICADOS PORCEYO recae sobre HORMIGONES PELAYO, como sucesora de la anterior, desde el año 1999.

Señalado lo anterior, ha quedado acreditado durante la instrucción del expediente, que PELAYO es la empresa denominada con el número 9 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.

En el folio 194 aparece una anotación manuscrita que dice: "se nos adjudicó Barrial y Bernardo 1600, Tragsa 150". Se comprueba que estas obras son adjudicadas a H3 en el reparto efectuado con fecha 3 de mayo de 2001 (folio 163) por lo que, habida cuenta de que la autoría de las anotaciones ha de atribuirse a PELAYO, lugar de origen de los documentos, se puede concluir que PELAYO era el H3.



Adicionalmente, el porcentaje de reparto atribuido a H3 en 2001 era 13% (folios 176, 180, 184, 189, 192 y 196), en línea con los asignados al número 9 en la zona de Langreo en las tablas posteriores, lo que permite deducir que la empresa identificada por el número 9 anteriormente era identificada como H3.

Asimismo, en la tabla manuscrita correspondiente a 2011 de la zona de Langreo que obra en el folio 122, se asigna un porcentaje del 17% a "PEL", que indudablemente se refiere a PELAYO. Igualmente, en las tablas de producción del folio 124, aparecen distintas cantidades asignadas a "p" y en las de los folios 126 a 131 a "P" para unas obras que son asignadas, entre otros, al número 9 en las tablas correspondientes a Langreo, de 2012 a 2014 (folios 555, 569, 593, 600 y 607).

Además, en el folio 162 aparece una anotación manuscrita que dice: "30% Pelayo, 35% Nalon", lo que no deja lugar a dudas sobre la participación de PELAYO en la zona de Langreo.

Por otro lado, fueron recabadas en formato papel en la sede de PELAYO unas TABLAS DE PRODUCCIÓN INDIVIDUAL correspondientes a dos semanas de febrero de 2002 (folios 208 y 219). Se comprueba que las cantidades totales de dichas tablas coinciden con las cantidades asignadas al número 9 en las anotaciones manuscritas correspondientes a los repartos de 20 de febrero de 2002 (folio 209) y 27 de febrero de 2002 (folio 220).

Asimismo, según la información facilitada por varias empresas constructoras a las que se la ha requerido información, PELAYO fue la empresa suministradora del hormigón en las obras que las tablas asignan al número 9.

A la vista de todo lo anterior, no puede haber duda alguna de que el número 9 corresponde a PELAYO, lo que además sería concordante con la información facilitada con fecha 6 de noviembre de 2014, donde se indica que HORMIGONES PELAYO o PREFABRICADOS PORCEYO es el número 9 (folio 2).".

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

1- Nulidad de las actuaciones. Vulneración del artículo 47.1 a) y e) Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Carácter indeterminado de la orden de inspección y falta de definición del objeto y finalidad de la inspección realizada en la sede de Pelayo.

2- Improcedencia de la confidencialidad respecto a la identificación del denunciante. indefensión. Vulneración del artículo 28 del real decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el reglamento de defensa de la competencia por cuanto que la identificación del denunciante en un procedimiento sancionador es un elemento integrador del derecho de defensa, en tanto en cuanto las circunstancias personales del denunciante pueden afectar a la actividad probatoria de las partes.

3-Falta de acreditación de la participación de PELAYO en conducta infractora. El análisis de los documentos obrantes en el expediente no permiten considerar probada la existencia de un reparto de obras en el mercado del hormigón en Asturias y menos aún considerar probada la participación de PELAYO durante 15 años en dicho reparto.

4- Falta de acreditación de infracción única y continuada.

5-Falta de proporcionalidad en el importe de la sanción.

La Administración demandada defiende la conformidad a derecho de la resolución impugnada, asumiendo los fundamentos de la resolución recurrida.

CUARTO- Expuestos, en apretada síntesis, los términos del debate, examinaremos, a continuación, el motivo de impugnación que denuncia la vulneración del artículo 28 del real decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el reglamento de defensa de la competencia por cuanto que la identificación del denunciante en un procedimiento sancionador es un elemento integrador del derecho de defensa, en tanto en cuanto las circunstancias personales del denunciante pueden afectar a la actividad probatoria de las partes.

Pues bien, como decíamos en la Sentencia dictada con fecha de 19 de mayo de 2020, en el Procedimiento Ordinario 158/2015, el artículo 25 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia dice que:

"1. El procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio por la Dirección de Investigación:

a) Por propia iniciativa, tras haber tenido conocimiento directo o indirecto de las conductas susceptibles de constituir infracción

b) A iniciativa del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

c) Por denuncia, con el contenido indicado en el apartado siguiente.

2. La denuncia dirigida a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia deberá contener, como mínimo, la siguiente información pudiendo el denunciante aportar los datos e información adicionales recogidos en el anexo I del presente Reglamento:

a) Nombre o razón social, domicilio, teléfono y número de fax del/de los denunciados y, en el caso de que éstos actúen por medio de representante, acreditación de la representación y domicilio a efectos de notificaciones.

b) Nombre o razón social, domicilio y, en su caso, número de teléfono y de fax o cualquier otro medio electrónico pertinente de los denunciados.

c) Hechos de los que se deriva la existencia de una infracción y pruebas, en su caso, de los mismos, así como definición y estructura del mercado relevante.

d) En su caso, justificación de los intereses legítimos de acuerdo con el artículo 31 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para ser considerado interesado en el eventual expediente sancionador.

3. Si la denuncia no reuniera los requisitos establecidos en el apartado 2 se requerirá al denunciante para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o aporte la documentación requerida, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de la denuncia.

4. El desistimiento del denunciante no impediría a la Dirección de Investigación realizar de oficio todas aquellas actuaciones que considerase necesarias.

5. La formulación en forma de una denuncia no vincula a la Dirección de Investigación para iniciar el procedimiento sancionador. El acuerdo de no iniciación del procedimiento del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, deberá comunicarse al denunciante, indicando los motivos por los que no procede la iniciación del procedimiento de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 15/2007, de 3 de julio "

Como vemos, el procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio, a través de tres vías:

a) Por propia iniciativa, tras haber tenido conocimiento directo o indirecto de las conductas susceptibles de constituir infracción

b) A iniciativa del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

c) Por denuncia, con el contenido indicado en el apartado siguiente.

La entidad recurrente tendría razón si el procedimiento sancionador se hubiera iniciado por denuncia, pues en ese caso, el precepto exige, como hemos visto, no solo la identificación precisa del o los denunciados sino una descripción de los hechos que se denuncian, pruebas que los acrediten, definición y estructura del mercado relevante y justificación del interés legítimo para intervenir en el procedimiento sancionador.

Lo que sucede es que, en este caso, el procedimiento se inició por iniciativa de la CNMC tras adquirir conocimiento de las supuestas conductas infractoras a la vista de la documentación aportada por un denunciante anónimo.

Con el fin de verificar si de la denuncia y documentación aportada se deducía la existencia de prácticas restrictivas de la competencia, la Dirección de Investigación acordó abrir una información reservada, al amparo del art. 49.2 de la Ley 15/2007 en cuanto establece que:

"2. Ante la noticia de la posible existencia de una infracción, la Dirección de Investigación podrá realizar una información reservada, incluso con investigación domiciliaria de las empresas implicadas, con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del expediente sancionador."

Así las cosas, en el caso examinado, fue ya, a raíz de la información obtenida en las inspecciones realizadas con fechas 20 y 21 de enero de 2015 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. cuando se decide incoar el procedimiento sancionador.

Por lo demás, la sentencia de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2020, rec. 2062/2018, valida la denuncia anónima como noticia criminis que obliga a investigar a fin de confirmar lo que en ella se dice.

En definitiva, el procedimiento sancionador no se inició por la denuncia anónima y, por tanto, procede desestimar este primer motivo impugnatorio.



QUINTO.- Denuncia la mercantil recurrente el carácter indeterminado de la orden de inspección y falta de definición del objeto y finalidad de la orden inspección realizada en la sede de Pelayo.

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 inculpatórias.

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 el 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 concreto. 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 produjo 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.

SEXTO. - Si guiendo con el examen de los motivos de impugnación, denuncia la recurrente la falta de acreditación de la participación de PELAYO en conducta infractora. Manifiesta que el análisis de los documentos obrantes en el expediente no permiten considerar probada la existencia de un reparto de obras en el mercado del hormigón en Asturias y menos aún considerar probada la participación de PELAYO durante 15 años en dicho reparto.

Sostiene que toda la instrucción se apoya en una serie de documentos y tablas que recogen información inexacta con respecto al mercado real de PELAYO, sin que se haya acreditado la fecha de elaboración de la mayoría de dichos documentos. Que los correos que se recabaron en la sede de PELAYO son correos internos entre el comercial y el gerente de PELAYO o viceversa, de los que no tenían ningún conocimiento las otras empresas competidoras. Que, respecto a las tablas o documentos manuscritos recabados en la sede de PELAYO, no existe constancia alguna en el expediente que salieran de la sede de PELAYO o se enviarán a ninguna otra empresa. Reitera que existen obras en dichas tablas que se atribuyen a H9 con el que se identifica a la recurrente a las que no suministró PELAYO y otras obras que se adjudican a otras hormigoneras y que sin embargo sí suministró PELAYO. Que, respecto a las tablas o documentos manuscritos recabados en la sede de PELAYO, no existe constancia alguna en el expediente que salieran de la sede de PELAYO o se enviarán a ninguna otra empresa. Reitera que existen obras en dichas tablas que se atribuyen a H9 con el que se identifica a la recurrente a las que no suministró PELAYO y otras obras que se adjudican a otras hormigoneras y que sin embargo sí suministró PELAYO. Que la afirmación de que el nº 9 o el H3" de las tablas sea, en todos los casos Hormigones Pelayo, no queda corroborado mediante los requerimientos de información realizadas por la CNMC a las empresas contratantes porque dichas verificaciones vinieron referidas a tan solo seis clientes en relación con siete obras, todas ellas realizadas entre los años 2010 y 2014 y, además, en las tablas en las que se apoya la CNMC relativas a los años 2010-2014 se relacionan más de 1.500 obras, con lo que la muestra obtenida por la Dirección de Competencia representa apenas un 0,5% del total de obras indicadas en los documentos relativos al periodo indicado, por lo que resulta insuficiente para sentar dicha conclusión, sin que por otra parte que haya constancia en el expediente sobre aquellos casos de las empresas requeridas en los que no se producía tal equivalencia.

En cuanto a las reuniones que se refieren en varios documentos, sostiene que no se ha acreditado por la CNMC cuál era el objeto de las mismas ni siquiera quienes eran los asistentes.

Por lo demás manifiesta que PELAYO es una sociedad dedicada a la fabricación y comercialización de hormigón que comenzó su actividad a mediados del año 2001, por lo que no pudo participar en el cartel en el periodo de 1999 a 20021 y que tampoco se menciona en esos años a Porceyo en la resolución impugnada. Precisa que Porcevo fue constituida en fecha 11 de septiembre de 2002, estando fechada su Licencia de apertura de actividad el 4 de diciembre de 2003 por lo que no pudo iniciar actividad, al menos, hasta la adquisición de la planta de Gijón, hecho que no se produce sino hasta el año 2002. Así las cosas explica que el hecho de que en 2010 PELAYO absorbiera a PORCEYO, no significa que ésta comenzase su funcionamiento anterior en el tiempo, y que de hecho fue posterior, y por tanto no puede hacerse responsable a PELAYO en un periodo de tiempo en que no tenían actividad ninguna de las dos empresas.

Respecto del año 2003 explica que no existe en el expediente ningún documento en el que se aluda a la recurrente. Que tampoco ha quedado acreditada la participación de PELAYO en el cartel en los años 2004-2005 porque las tablas que se mencionan en la resolución impugnada no se menciona a PELAYO, si bien se hace referencia al H9 con el que la CNMC identifica a la recurrente sin sustento probatorio suficiente.

Que en el año 2006 no existe ningún documento en el expediente referido a PELAYO, y que en la tabla que incorpora la resolución (folio 6556) no se atribuye a H9 ningún porcentaje en ese año en ninguna de las zonas a las que se refiere el expediente.

Que respecto al año 2007 se centra la resolución recurrida únicamente en la constitución de una Unión Temporal de Empresas (UTE HOSPITAL) entre varias empresas entre las que figura PELAYO. Sobre este hecho expone que la creación de una UTE no constituye, per se, una infracción del Artículo 1 de la LDC sino que se trata de una figura jurídica lícita admitida expresamente por la legislación y la Comisión que no ha probado que la creación de la UTE HOSPITAL habría servido como instrumento del cártel. Explica la recurrente que las dimensiones de la obra las obligaron a que el suministro se realizase por varias empresas por motivos de logística ya que se requería una disponibilidad en el transporte que la única empresa suministradora no podía afrontar en las fechas de ejecución de la obra, por lo que la propia constructora requirió la contratación de más empresas e instó la propia constitución de la UTE.

Que en el año 2008 tampoco existe documento que implique a PELAYO en la participación de un cártel y solo se hace referencia a unas tablas recabadas en Fhisa de las que ningún conocimiento tenía la demandante y que no aparece acreditado en el expediente que PELAYO facilitara datos para la elaboración de esas tablas o le remitieran las mismas para su comprobación y conocimiento y que tampoco se ha acreditado en ningún momento que fueran veraces los datos que se recogen en las mismas. Añade que tampoco se atribuye a H9 en la tabla que incorpora la resolución (folio 6556) ningún porcentaje en ninguna de las zonas a las que se refiere el expediente en relación con dicho periodo.

Que en relación en el año 2009 no se atribuye a H9 ningún porcentaje en ninguna de las zonas a las que se refiere el expediente en relación con dicho periodo.

Que en los años 2010-2014 la mayoría de documentación que se encuentra en el expediente está referido las tablas y a correos internos entre directivos de Fhisa o entre estos y una sola empresa, mayoritariamente Hanson, o más ocasionalmente con Lafarge y Horsella, pero nunca con PELAYO y que, por tanto, en nada pueden implicar a mi mandante y que de ninguna forma pues, en base a dichas tablas, puede sustentar la CNMC la participación de PELAYO en el cartel durante esos 5 años y si lo hace debe motivadamente individualizar cuál es la responsabilidad de Pelayo en los hechos que se citan en ese periodo.

Añade que no se constituyó ninguna UTE por PELAYO con ninguna otra empresa hormigonera de las que suministraron en dichas obras, sino que las constituidas en UTES eran las contratistas de cada una de esas obras, esto es, las ya señaladas Comsa-Contratas Iglesias (UTE LANGREO) y Cnes y Promociones Coprosa S.A y Dragados S.A (Riaño Túneles UTE).

Denuncia, además, que la resolución recurrida establece como "infracción única y continuada" lo que en la realidad es una acumulación de datos dispares, no vinculados entre sí, que se fechan en periodos de tiempo distintos, no continuados, con contenido distinto y con alcance distinto, llevados a cabo por diferentes empresas que tienen intereses y capacidades divergentes y que además funcionan en diferentes mercados (hormigón, mortero, áridos) con intereses notablemente contrapuestos. A estos efectos o aduce que la Comisión no explica suficientemente cómo se desarrolla el plan común necesario para afirmar la existencia de una infracción única y continuada.

SÉPTIMO.- 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 Partecipazioni (C- 49/92 P, Rec. p. I-4125), apartado 82, sobre el concepto de infracción única y continuada en la que se afirmó que para acreditar la existencia de una infracción única y continuada, la Comisión debe probar, en particular, que la empresa intentó contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas en la consecución de los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo (sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, apartado 31 *supra*, apartado 87). Y añadió que las prácticas colusorias sólo pueden ser consideradas elementos constitutivos de un acuerdo



único restrictivo de la competencia si se acredita que se inscriben en un plan global que persigue un objetivo común. Además, sólo si la empresa supo, o debería haber sabido, cuando participó en las prácticas colusorias que, al hacerlo, se integraba en el acuerdo único, su participación en las prácticas colusorias de que se trata puede constituir la expresión de su adhesión a dicho acuerdo (sentencia del Tribunal de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95, Rec. p. II-491, apartados 4027 y 4112).

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

El apartado 241 de la misma Sentencia señala que "en consecuencia, con objeto de calificar diversos comportamientos como infracción única y continuada, procede verificar si presentan un vínculo de complementariedad, en el sentido de que cada 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 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 polidédrico 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)".

OCTAVO.- 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 2015, quedaría fundamentada, de acuerdo con la resolución impugnada (apartado 4.4), en los siguientes términos:

"Se considera que PELAYO 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.

En este sentido, cabe señalar que HORMIGONES PELAYO es igualmente responsable de las actuaciones realizadas por PREFABRICADOS PORCEYO, ya que la primera absorbió a la segunda en 2010.

(...).

Ha quedado acreditado durante la instrucción del expediente, que PELAYO es la empresa denominada con el número 9 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.

En el folio 194 aparece una anotación manuscrita que dice: "se nos adjudicó Barrial y Bernardo 1600, Tragsa 150". Se comprueba que estas obras son adjudicadas a H3 en el reparto efectuado con fecha 3 de mayo de 2001 (folio 163) por lo que, habida cuenta de que la autoría de las anotaciones ha de atribuirse a PELAYO, lugar de origen de los documentos, se puede concluir que PELAYO era el H3.

Adicionalmente, el porcentaje de reparto atribuido a H3 en 2001 era 13% (folios 176, 180, 184, 189, 192 y 196), en línea con los asignados al número 9 en la zona de Langreo en las tablas posteriores, lo que permite deducir que la empresa identificada por el número 9 anteriormente era identificada como H3.

Asimismo, en la tabla manuscrita correspondiente a 2011 de la zona de Langreo que obra en el folio 122, se asigna un porcentaje del 17% a "PEL", que indudablemente se refiere a PELAYO. Igualmente, en las tablas de producción del folio 124, aparecen distintas cantidades asignadas a "p" y en las de los folios 126 a 131 a "P" para unas obras que son asignadas, entre otros, al número 9 en las tablas correspondientes a Langreo, de 2012 a 2014 (folios 555, 569, 593, 600 y 607).

Además, en el folio 162 aparece una anotación manuscrita que dice: "30% Pelayo, 35% Nalon", lo que no deja lugar a dudas sobre la participación de PELAYO en la zona de Langreo.

Por otro lado, fueron recabadas en formato papel en la sede de PELAYO unas TABLAS DE PRODUCCIÓN INDIVIDUAL correspondientes a dos semanas de febrero de 2002 (folios 208 y 219). Se comprueba que las cantidades totales de dichas tablas coinciden con las cantidades asignadas al número 9 en las anotaciones manuscritas correspondientes a los repartos de 20 de febrero de 2002 (folio 209) y 27 de febrero de 2002 (folio 220).

Asimismo, según la información facilitada por varias empresas constructoras a las que se la ha requerido información, PELAYO fue la empresa suministradora del hormigón en las obras que las tablas asignan al número 9.

A la vista de todo lo anterior, no puede haber duda alguna de que el número 9 corresponde a PELAYO, lo que además sería concordante con la información facilitada con fecha 6 de noviembre de 2014, donde se indica que HORMIGONES PELAYO o PREFABRICADOS PORCEYO es el número 9".



Así las cosas, 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 2015, quedaría fundamentada, de acuerdo con la resolución impugnada en que HORMIGONES PELAYO SA es la empresa denominada con el número 9 o como H3 en las tablas.

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

Las tablas excell, a las que la resolución sancionadora otorga un valor probatorio exclusivo, olvidándose del completo y exhaustivo relato de hechos que previamente se 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, los razonamientos que han llevado a la CNMC a concluir Hormigones Pelayo se corresponde con el nº 9 o con el "H3" de las citadas tablas no ha quedado suficientemente argumentado en la resolución recurrida en todos los casos, resultando a estos efectos insuficiente las referencia al contenido de unas concretas anotaciones manuscritas y a unas tablas de producción individual correspondientes a dos semanas de febrero de 2002. Entendemos que se trata de coincidencias puntuales, si tenemos en cuenta el periodo temporal de la infracción imputada.

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 el nº 9 o el H3" de las tablas sea, en todos los casos Hormigones Pelayo, porque, como explica la recurrente, la verificación vino referida a seis clientes en relación con siete obras, todas ellas realizadas entre los años 2010 y 2014 y, además, en las tablas en las que se apoya la CNMC relativas a los años 2010-2014 se relacionan más de 1.500 obras, con lo que la muestra obtenida por la Dirección de Competencia representa apenas un 0,5% del total de obras indicadas en los documentos relativos al periodo indicado, por lo que resulta insuficiente para sentar dicha conclusión, sin que por otra parte que haya constancia en el expediente sobre aquellos casos de las empresas requeridas en los que no se producía tal equivalencia.

Para terminar, cumple manifestar que la simple afirmación de que "PELAYO fue la empresa suministradora del hormigón en las obras que las tablas asignan al número 9" 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 HORMIGONES PELAYO, procediendo en consecuencia la anulación de la resolución impugnada sin necesidad de entrar a examinar los restantes motivos de impugnación articulados en la demanda.

NOVENO. - 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 el procurador D. Manuel María Álvarez-Buylla Ballesteros, en nombre y representación de **HORMIGONES PELAYO, 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 DE ASTURIAS, mediante la cual se le impuso una sanción de multa por importe de 103.365 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ