



Roj: **SAN 3192/2022 - ECLI:ES:AN:2022:3192**

Id Cendoj: **28079230062022100408**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **27/06/2022**

Nº de Recurso: **276/2017**

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: 0000276 /2017

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02277/2017

Demandante: HORMIGONES DEL SELLA, S.A.

Procurador: D^a BELEN DE LA LASTRA OLANO

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

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

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintisiete de junio de dos mil veintidós.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. 276/17 promovido por la procuradora D^a Belen de La Lastra Olano, en nombre y representación de **HO RMIGONES DEL SELLA, 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 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. 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, anule la sanción impuesta a Hormigones del Sella SA y todo ello, con imposición de costas a la Administración:

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 25 de mayo 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:

(...)

9. HORMIGONES DEL SELLA, S.A. (HORSELLA), por su participación en el cártel desde el año 2008 hasta el año 2014.

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

9. HORMIGONES DEL SELLA, S.A. (HORSELLA), 102.922 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. Teofilo , 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:

"9. *HORMIGONES DEL SELLA, S.A. (HORSELLA)*

"HORSELLA es una empresa fabricante de hormigones, morteros y áridos ubicada en Arriondas. Pertenece al Grupo Candesa, dedicado a la minería a cielo abierto no metálica y sus derivados.

De acuerdo con la información publicada por Informa, HORSELLA cuenta con 20 empleados y el valor de sus ventas en 2014 ascendió a 1,5 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 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 hasta el año 2014.

Según la información facilitada por varias empresas constructoras a las que se ha requerido información, HORSELLA fue la empresa suministradora del hormigón en las obras que las tablas asignan al número 11.



Se comprueba que las obras cuyas producciones son remitidas, con fechas 2 de diciembre de 2013 y 17 de enero de 2014, por D^a [...], responsable del Departamento de Calidad de HORSELLA, a D. Teofilo, Directivo de FHISA, son asignadas al número 11 en las tablas correspondientes a Oviedo, Gijón y Siero.

Se comprueba, asimismo, que las producciones remitidas por HORSELLA de octubre de 2013 son consignadas en las tablas correspondientes a noviembre de 2013, bajo el epígrafe "PROD", y las de diciembre de 2013 en las tablas correspondientes a febrero de 2014.

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 11, han coincidido en señalar que el suministro de hormigón fue efectuado por HORSELLA.

A la vista de todo lo anterior, no puede haber duda alguna de que el número 11 corresponde a HORSELLA, lo que además sería concordante con la información facilitada con fecha 6 de noviembre de 2014, donde se señala que HORSELLA forma parte de la mesa desde 2008 (folio 2)".

TERCERO.- Disconforme con la resolución recurrida, la sociedad actora reproduce las alegaciones formuladas tanto frente al Pliego de Concreción de Hechos como frente a la Propuesta de Resolución en las que ponía de manifiesto que Hormigones del Sella, no puede ser el nº 11 que se le asigna en la Resolución sancionadora porque no ha participado en ningún cartel y que, de llegarse a otra conclusión, su participación no puede ir más allá del periodo comprendido entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2014; que Horsella ha actuado en la zona de Langreo y que así lo ha acreditado a lo largo de todos los años de presunto funcionamiento del cartel y que Horsella no ha participado ni en la UTE Hospital, ni en la obra del Puerto del Musel, mientras si lo han hecho el resto de presuntas cartelizadas.

Reitera que las referencias a Hormigones del Sella, S.A. en el expediente (invitación por correo electrónico a una comida de navidad y los dos correos electrónicos que la empleada de Hormigones del Sella, S.A., Dña. Eva María, envió el 2 de diciembre de 2013, y en enero de 2014, a D. Teofilo, con las producciones de Hormigones del Sella, S.A. de octubre y diciembre de 2013) son inocuas como para sentar la conclusión de que se ha participado en un cartel de fabricantes de hormigón.

Explica que los citados correos electrónicos no pueden sustentar la pertenencia a un cartel y ello porque se comunican producciones de dos meses anteriores ya consumadas, sobre las que no cabe organizar nada y sobre las que no cabe planificación y que, además, contienen un dato que contradice las afirmaciones de la CNMC, pues en esas comunicaciones, por parte de Hormigones del Sella, S.A. se notifican al Sr. Teofilo las producciones vendidas en Langreo, mientras la Comisión viene negando que Hormigones del Sella, S.A. operara en la zona Langreo-Mieres y afirmando que el cartel prohibía a Hormigones del Sella, S.A. actuar en dicha zona, lo cual demuestra que Hormigones del Sella, S.A. no obedecía a nadie, no se sometía a ningún tipo de disciplina cartelizada y actuaba en el mercado conforme a sus propios intereses.

Por lo demás, en los Fundamentos jurídicos de su demanda transcribe íntegramente las alegaciones formuladas contra el Pliego de concreción de Hechos en las que cuestiona el carácter anónimo de la denuncia que motivó el inicio del expediente sancionador, opuso que la Dirección de Competencia violó las disposiciones y jurisprudencia aplicables al debido desarrollo de una inspección domiciliaria porque, a pesar de la férrea oposición del inspeccionado a facilitar su consentimiento, la Dirección le amenazó con imponerse sanciones por obstrucción a la labor inspectora.

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 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 denunciante/s 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 denunciante/s 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.- Por lo que se refiere al motivo de impugnación que denuncia la vulneración de las disposiciones y jurisprudencia aplicables al debido desarrollo de una inspección domiciliaria porque, a pesar de la férrea oposición del inspeccionado a facilitar su consentimiento, la Dirección le amenazó con imponerse sanciones por obstrucción cumple manifestar que la empresa reclamante no sería en ningún caso la titular del derecho a la inviolabilidad del domicilio reconocido en el artículo 18 de la Constitución 8 de la Constitución, que correspondería solo a la empresa inspeccionada. El motivo ha de ser, por tanto, desestimado.

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

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

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

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

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)".

SÉPTIMO.- 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 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 hasta el año 2014.

Según la información facilitada por varias empresas constructoras a las que se ha requerido información, HORSELLA fue la empresa suministradora del hormigón en las obras que las tablas asignan al número 11.

Se comprueba que las obras cuyas producciones son remitidas, con fechas 2 de diciembre de 2013 y 17 de enero de 2014, por D^a [...], responsable del Departamento de Calidad de HORSELLA, a D. Teofilo , Directivo de FHISA, son asignadas al número 11 en las tablas correspondientes a Oviedo, Gijón y Siero.

Se comprueba, asimismo, que las producciones remitidas por HORSELLA de octubre de 2013 son consignadas en las tablas correspondientes a noviembre de 2013, bajo el epígrafe "PROD", y las de diciembre de 2013 en las tablas correspondientes a febrero de 2014.

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 11, han coincidido en señalar que el suministro de hormigón fue efectuado por HORSELLA.

A la vista de todo lo anterior, no puede haber duda alguna de que el número 11 corresponde a HORSELLA, lo que además sería concordante con la información facilitada con fecha 6 de noviembre de 2014, donde se señala que HORSELLA forma parte de la mesa desde 2008 (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.

Además, la afirmación de que Hormigones del Sella se corresponde con el nº 6 que aparece en las citadas tablas no queda corroborada por el hecho de que las obras, cuyas producciones fueron remitidas, con fechas 2 de diciembre de 2013 y 17 de enero de 2014, por la responsable del Departamento de Calidad de HORSELLA, a D. Teofilo, Directivo de FHISA, aparezcan asignadas a dicho número, en las tablas correspondientes a Oviedo, Gijón. Entendemos que se trata de coincidencias puntuales, si tenemos en cuenta el periodo temporal de la infracción imputada, que, por si solas, no pueden llevar a concluir que HORSELLA coincida en todos los casos con el nº 6 de las tablas a efectos de fundamentar su imputación en el cartel.

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 HORSELLA sea, en todos los casos, el nº 6 de las tan mencionadas tablas, porque el marco temporal de las obras que se examina no alcanza a todo el periodo temporal de la infracción que se imputa a GEDHOSA, que es de un total de 15 años, (de 2000 a 2014) por lo que, aun pudiendo coincidir en algunos casos Horsella con el nº 6, se trataría de coincidencias ocasionales, sin que pueda establecerse que detrás de ellas exista un reparto del mercado.

Por lo demás, la mera referencia a que hay prueba concluyente de que HORSELLA formó parte de la mesa desde 2008, por si misma integra prueba suficiente de su participación el cartel.

Para terminar, cumple manifestar que la simple afirmación de que HORMIGONES DEL SELLA es la empresa denominada con el número 6 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 HORMIGONES DEL SELLA, procediendo en consecuencia la anulación de la resolución impugnada sin necesidad de entrar a examinar los restantes motivos de impugnación articulados en la demanda.

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

FALLAMOS

Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la procuradora D^a Belen de La Lastra Olano, en nombre y representación de **HORMIGONES DEL SELLA, 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 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, que anulamos en lo relativo a la multa impuesta al recurrente, con expresa imposición de costas a la parte demandada.

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