



Roj: **SAN 3124/2022 - ECLI:ES:AN:2022:3124**

Id Cendoj: **28079230062022100382**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **27/06/2022**

Nº de Recurso: **217/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **BERTA MARIA SANTILLAN PEDROSA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN SEXTA**

**Núm. de Recurso:** 0000217 /2017

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 1846/2017

**Demandante:** HORMIGONES DEL NALÓN, S.A.

**Procurador:** DÑA. MARTA MARIA BARTHE GARCIA DE CASTRO

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

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

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

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. MARIA JESUS VEGAS TORRES

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veintisiete de junio de dos mil veintidós.

VISTO el presente recurso contencioso-administrativo núm. **217/2017** promovido por la Procuradora Dña. Marta María Barthe García de Castro, que actúa en nombre y representación de la mercantil **HORMIGONES DEL NALÓN, S.A.**, contra la Resolución dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en fecha 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 78.179 euros por la realización de conductas colusorias prohibidas en el 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 dicte sentencia por la que:

*"a) Declare nulo, anule o revoque y deje sin efecto el acto administrativo objeto del presente recurso, al menos en lo referente a mi mandante.*

*b) Imponga las costas a la Administración demandada".*

**SEGUNDO.** El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicaba se dicte sentencia por la que se confirmen los actos recurridos en todos sus extremos.

**TERCERO.** Una vez recibido el proceso a prueba y presentados los correspondientes escritos de conclusiones, quedaron las actuaciones pendientes para votación y fallo cuando por turno le correspondiera y se fijó para ello la audiencia del 25 de mayo de 2022, fecha en que tuvo lugar.

Ha sido ponente la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Berta Santillan Pedrosa, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** A través de este proceso la entidad actora, HORMIGONES DEL NALON, S.A., impugna la Resolución dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en fecha 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 78.170 euros por la realización de conductas colusorias prohibidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia consistentes en la adopción de acuerdos para el reparto de mercado y la fijación de precios entre empresas de suministro de hormigón en Asturias y alrededores, así como el intercambio de información comercial sensible.

Según se recoge en la resolución impugnada, HORMIGONES DEL NALON, S.A., es una empresa fabricante de hormigones y derivados con sede en Oviedo y que cuenta con una planta ubicada en Langreo.

La parte dispositiva de dicha resolución es 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:*

*(...)*

*12. HORMIGONES DEL NALON, S.A. (GONASA) por su participación en el cartel desde el año 1999 hasta el año 2014.*

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

*(...)*

*12. HORMIGONES DEL NALON, S.A.: 78.179 euros.*

*(...)*

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

*(...)*

*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.*

*(...)"*.

**SEGUNDO.** La CNMC en la resolución impugnada especifica que el mercado del producto afectado por las conductas objeto de este expediente es el de la fabricación, distribución y comercialización del hormigón (Código NACE C.23.63 Fabricación de hormigón fresco), que define como un mercado independiente y diferenciado del de los áridos y los morteros. 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.

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 del hormigón son factores importantes que influyen en el alcance geográfico de este mercado, que se dimensiona 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, según la CNMC, resulta acreditada la existencia de un cártel por la practica concertada entre empresas competidoras para el reparto de obras que, además, llevaba aparejado un acuerdo de fijación de precios entre las empresas sancionadas, de manera que a cada obra se le asignaba una empresa suministradora, identificada en forma de clave, y 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 la CNMC 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 cumplían las condiciones acordadas, mediante la comunicación de las ofertas realizadas y de las cantidades producidas para cada una de las obras asignadas, así como para poder efectuar las compensaciones correspondientes. Y esta forma de operar se materializaba en forma de reuniones, intercambios de correos electrónicos e incluso de WhatsApp y faxes. Explica la CNMC que, una vez repartidas las obras, resultaba preciso realizar un seguimiento de las cantidades de hormigón suministradas a cada una de ellas con el fin de comprobar que la cuota de mercado de cada participante se ajustaba al porcentaje acordado en el marco del cártel. Añade la CNMC que, el hecho de que las cantidades inicialmente previstas para cada obra sufrían ajustes a lo largo de la ejecución de la obra, ello obligaba a un estrecho seguimiento de las cantidades producidas por cada participante resultando que las empresas participantes aportaban datos de producciones diarias, individualizados para cada obra, que posteriormente eran incorporados a distintas tablas. Por lo demás, subraya la CNMC el carácter secreto de los acuerdos lo que apoya su teoría de la existencia de un cártel.

Por lo que se refiere a la duración de la conducta, la CNMC afirma que ha tenido una continuidad ininterrumpida durante al menos 15 años y concluye así la CNMC que las conductas concertadas sancionadas constituyen 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 NALON, S.A. (GONASA), se hace en los siguientes términos:

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

*Ha quedado acreditado durante la instrucción del expediente, que GONASA es la empresa denominada con el número 15 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 182 aparece, junto a una determinada obra asignada a H365, una anotación manuscrita que dice: "GONASA". Se comprueba que esta obra es posteriormente adjudicada a H1 (folios 169, 173, 177, 186, 190 y 193) por lo que puede concluirse que GONASA era el H1.*

*Adicionalmente, el porcentaje de reparto atribuido a H1 en 2001 era 58% (folios 176, 180, 184, 189, 192 y 196), en línea con los asignados al número 15 en la zona de Langreo en las tablas posteriores.*

*Asimismo, en la tabla manuscrita correspondiente a la zona de Langreo que obra en el folio 122, se asigna un porcentaje del 58% a "GON". Igualmente, en las tablas de producción del folio 124, se asignan determinadas cantidades a "n" y en las de los folios 126 a 131 a "HN", para unas obras que son asignadas, entre otros, al número 15 en las tablas correspondientes a Langreo, de 2012 a 2014 (folios 555, 569, 593, 600 y 607).*



Se comprueba que, junto a la tabla del folio 124, se calcula el 58% de varios totales de la tabla y se compara con las cantidades asignadas a "n", lo que demuestra que "GON" y "n" son la misma empresa.

Además, en el folio 162 aparece una anotación manuscrita que dice: "30% Pelayo, 35% Nalón" y en el folio 117 otra que dice "GONASA TAMPOCO ESTÁ POR LA LABOR", lo que no deja lugar a dudas sobre la participación de GONASA en la zona de Langreo.

El comentario recogido en una de las tablas correspondientes a Oviedo, de marzo de 2010, hace referencia a GONASA, en una obra asignada al número 14.

Posteriormente, en el correo electrónico remitido por menudocho@gmail.com a D. Guillermo, con fecha 12 de junio de 2012, se recoge lo siguiente: "Cambié a Nalón que tenía el 14 por el número 15 para no liarnos con el "nuevo" que en el resto de mercados es el 14" (folio 550), lo que no deja dudas sobre la identidad del número 15.

Asimismo, se comprueba que la obra "Saneamiento Caso" ejecutada por Acciona-Solius, a la que PELAYO hace referencia en el correo electrónico de 27 de julio de 2010 ("Acuérdate de llamar a [XX] de Gonasa para la oferta de Caso. (Acciona-Solius). Son sobre 10.000m<sup>3</sup> y la cosa es hacerlo entre los 2") es asignada al número 15 en las tablas correspondientes a Langreo de 2012 a 2014 (folios 555, 569, 593, 600 y 607). Según la información facilitada por NEW CONSTRUCTION, S.L. (folios 1027 a 1029), GONASA fue la empresa suministradora de hormigón en la obra "SOTO DE AGES", asignada al número 15 en las tablas correspondientes a Langreo de 2013 y 2014 (folios 569, 593, 600 y 607).

Según esta misma constructora, también fue GONASA la empresa suministradora de hormigón en la obra "VILLORIA", recogida en la tabla correspondiente a Langreo de 2012 (folio 555).

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 15 han coincidido en señalar que el suministro de hormigón fue efectuado por GONASA.

A la vista de todo lo anterior, no puede haber duda alguna de que el número 15 corresponde a NALON, lo que además sería concordante con la información facilitada con fecha 6 de noviembre de 2014, donde se señala que esta empresa también estaba en el reparto de la zona del Nalón (folio 2)".

**TERCERO.** En el escrito de demanda presentada por la mercantil recurrente, HORMIGONES DEL NALON, S.A., se solicita la nulidad de la resolución sancionadora impugnada.

1. Afirma que se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia reconocido como derecho fundamental en el artículo 24 de la CE. Y ello porque (i) no existen pruebas o indicios que acrediten la asistencia de la recurrente a las presuntas reuniones entre empresas competidoras en las que, según la CNMC, se acordaba el reparto del mercado así como los precios ni tampoco que conociera su celebración por cuanto no aparece en ninguna convocatoria; (ii) no existen pruebas o indicios que acrediten que mantuviera algún contacto con el resto de las empresas implicadas; (iii) no existen pruebas o indicios que evidencien algún intercambio de información confidencial por su parte con los competidores; y (iv) no existen pruebas o indicios que lleven a concluir que la recurrente tuviera una actuación activa en el acuerdo que determina las prácticas contrarias a la competencia.

Asimismo, señala que la CNMC le ha sancionado por su supuesta participación en actuaciones colusorias constitutivas de un cártel durante un periodo de 15 años (1999 a 2014) porque figuraba en las tablas donde constaba el reparto de las obras y en las que la recurrente figuraba con diferentes denominaciones en forma de clave como eran H1, G, GON, n, HN, 14 y luego 15. Sin embargo, la recurrente niega que tuviera conocimiento de dichas tablas y, además, refiere que no ha participado en su elaboración ya que no ha aportado a sus competidores ningún dato relativo a su producción ni comercialización.

2. Por otra parte, afirma que la conducta imputada no constituye una infracción única y continuada por cuanto que no existe un plan común de actuación en el que la recurrente haya participado.

3. Subsidiariamente, denuncia el carácter desproporcionado de la sanción y la improcedencia de la metodología de cálculo empleada.

Por el contrario, el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda solicita la desestimación del recurso defendiendo la conformidad a derecho de la resolución impugnada.

**CUARTO.** Antes de continuar, es necesario destacar 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 en el mercado del suministro de hormigón en Asturias y alrededores, al menos, desde el año 1999 hasta el año 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).

En igual sentido, la sentencia del Tribunal General, en el asunto T-27/10, AC-Treuhand AG de 17 de mayo de 2013, afirma que *"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.

**QUINTO.** Centrado el objeto de debate, corresponde a la Sala analizar si la imputación que realiza la CNMC a la recurrente tiene apoyo probatorio toda vez que, la defensa de la recurrente refiere básicamente que se ha vulnerado su derecho fundamental de presunción de inocencia por cuanto que se le ha sancionado sin que existan pruebas que permitan sostener que formó parte del cártel a que se contrae el presente recurso.

A estos efectos recuerda la recurrente que, en el ámbito del derecho administrativo sancionador, la presunción de inocencia solo puede ser destruida mediante la acreditación de la culpabilidad concreta de la empresa sancionada y que la carga de probar que HORMIGONES DEL NALON, S.A. (GONASA) ha infringido el ordenamiento recae sobre la CNMC y que, en el caso examinado, no logra destruir su derecho a la presunción de inocencia al no quedar acreditado de manera suficiente su participación en el ilícito y, por tanto, su culpabilidad. Concretamente, expone en la demanda que, (i) en la inspección en el domicilio de GONASA no se encontró ningún documento que pueda ser utilizado ahora como prueba directa de su participación en un presunto reparto del mercado y fijación de precios del suministro de hormigón en Asturias y alrededores; (ii) que, entre los diversos documentos obrantes en el expediente, no figura ninguna prueba que acredite que GONASA participase en la elaboración de las tablas de obras y de producción que, según la CNMC, sistematizarían el supuesto sistema de reparto, ni tampoco de que recibiese las mismas mediante correo electrónico y que esta es la razón por la que no hay ninguna prueba directa de cargo respecto de la recurrente. Insiste en que no hay un solo documento en cuya confección haya participado HORMIGONES DEL NALÓN, ni que acredite, siquiera



indiciariamente, que haya participado de algún modo en relación con el supuesto cártel. Tampoco hay una sola evidencia de que tuviera contactos y/o intercambiase información (precios, producciones) y/o asistiese a reuniones con ninguno de las empresas competidoras en el mismo mercado.

Señala que las únicas menciones respecto de la recurrente que figuran en el expediente administrativo se encuentran aisladas en correos electrónicos o anotaciones manuscritas o tablas elaborados por sus competidores respecto de la recurrente, pero no existe ninguna prueba que acredite que o bien participaba en su elaboración o bien conocía y consentía su elaboración.

La CNMC, en la resolución recurrida, efectúa un extenso relato de hechos distinguiendo por periodos para luego individualizar la responsabilidad de cada una de las empresas sancionadas atendiendo a su concreta participación en el cártel. Y, en el caso de la recurrente, GONASA, la CNMC al individualizar su participación se ha limitado a señalar que:

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

*Ha quedado acreditado durante la instrucción del expediente, que GONASA es la empresa denominada con el número 15 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 182 aparece, junto a una determinada obra asignada a H365, una anotación manuscrita que dice: "GONASA". Se comprueba que esta obra es posteriormente adjudicada a H1 (folios 169, 173, 177, 186, 190 y 193) por lo que puede concluirse que GONASA era el H1.*

*Adicionalmente, el porcentaje de reparto atribuido a H1 en 2001 era 58% (folios 176, 180, 184, 189, 192 y 196), en línea con los asignados al número 15 en la zona de Langreo en las tablas posteriores.*

*Asimismo, en la tabla manuscrita correspondiente a la zona de Langreo que obra en el folio 122, se asigna un porcentaje del 58% a "GON". Igualmente, en las tablas de producción del folio 124, se asignan determinadas cantidades a "n" y en las de los folios 126 a 131 a "HN", para unas obras que son asignadas, entre otros, al número 15 en las tablas correspondientes a Langreo, de 2012 a 2014 (folios 555, 569, 593, 600 y 607).*

*Se comprueba que, junto a la tabla del folio 124, se calcula el 58% de varios totales de la tabla y se compara con las cantidades asignadas a "n", lo que demuestra que "GON" y "n" son la misma empresa.*

*Además, en el folio 162 aparece una anotación manuscrita que dice: "30% Pelayo, 35% Nalón" y en el folio 117 otra que dice "GONASA TAMPOCO ESTÁ POR LA LABOR", lo que no deja lugar a dudas sobre la participación de GONASA en la zona de Langreo.*

*El comentario recogido en una de las tablas correspondientes a Oviedo, de marzo de 2010, hace referencia a GONASA, en una obra asignada al número 14.*

*Posteriormente, en el correo electrónico remitido por menudochollo@gmail.com a D. Guillermo, con fecha 12 de junio de 2012, se recoge lo siguiente: "Cambié a Nalón que tenía el 14 por el número 15 para no liarnos con el "nuevo" que en el resto de mercados es el 14" (folio 550), lo que no deja dudas sobre la identidad del número 15.*

*Asimismo, se comprueba que la obra "Saneamiento Caso" ejecutada por Acciona-Solius, a la que PELAYO hace referencia en el correo electrónico de 27 de julio de 2010 ("Acuérdate de llamar a [XX] de Gonasa para la oferta de Caso. (Acciona-Solius). Son sobre 10.000m3 y la cosa es hacerlo entre los 2") es asignada al número 15 en las tablas correspondientes a Langreo de 2012 a 2014 (folios 555, 569, 593, 600 y 607). Según la información facilitada por NEW CONSTRUCTION, S.L. (folios 1027 a 1029), GONASA fue la empresa suministradora de hormigón en la obra "SOTO DE AGES", asignada al número 15 en las tablas correspondientes a Langreo de 2013 y 2014 (folios 569, 593, 600 y 607).*

*Según esta misma constructora, también fue GONASA la empresa suministradora de hormigón en la obra "VILLORIA", recogida en la tabla correspondiente a Langreo de 2012 (folio 555).*

*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 15 han coincidido en señalar que el suministro de hormigón fue efectuado por GONASA.*

*A la vista de todo lo anterior, no puede haber duda alguna de que el número 15 corresponde a NALON, lo que además sería concordante con la información facilitada con fecha 6 de noviembre de 2014, donde se señala que esta empresa también estaba en el reparto de la zona del Nalón (folio 2)".*



Por tanto, aunque existe un amplio relato de hechos en la resolución impugnada, lo cierto es que no corresponde a este Tribunal deducir de ese relato de hechos cual ha sido la participación de la recurrente cuando la propia CNMC en la resolución sancionadora ha individualizado la responsabilidad de cada empresa indicando cuales eran los hechos concretos, de todos los relatados, que permitían justificar la participación de cada una de las empresas implicadas en las actuaciones y practicas concertadas sancionadas.

Por tanto, atendiendo a la concreta individualización que la CNMC efectúa para la imputación de la recurrente, podemos referir que se le ha imputado por su participación en el cártel desde el año 1999 hasta el año 2014 por dos motivos que, a juicio de la CNMC, permiten concluir que conocía la existencia del cártel y, por tanto, era responsable de las practicas colusorias: uno, figuraba mencionado con diferentes denominaciones en forma de clave en algunas tablas de obras y tablas de producción en las que se recogen las obras en las que ha participado y dos, figuraba mencionado en algunas notas manuscritas elaboradas por empresas competidoras así como en algunos correos electrónicos enviados entre terceras empresas. La CNMC concluye que las denominaciones en forma de clave que permiten identificar en las tablas de obras y de producción a la recurrente se ha acreditado a través de los requerimientos de información dirigidos a las empresas constructoras y promotoras de obras que como clientes de las empresas hormigoneras se le pedía información sobre el suministrador de hormigón en determinadas obras, verificación que, sin embargo, a juicio de la recurrente es insuficiente para desvirtuar la presunción de inocencia por los siguientes motivos:

-Porque la muestra en la que se apoya la CNMC consta solo de 3 obras seleccionadas que es un numero insignificante para acreditar la coincidencia cuando se está imputando un periodo de tiempo tan extenso, desde el año 1999 al año 2014.

-Porque el marco temporal de las obras que se verifican se refiere solo a 3 años, de 2012 a 2014, mientras que la duración de la infracción que se imputa a GONASA es desde el año 1999 a 2014. Estas carencias en el procedimiento de verificación afectan de lleno a su propia validez como indicio que pretende ser utilizado para destruir la presunción de inocencia y,

- Porque al estar ante un pequeño número de muestras de las obras llevadas a cabo por la recurrente, puede ser una mera coincidencia casual y ocasional, sin que pueda establecerse que detrás de esas coincidencias exista un reparto del mercado.

Por todo lo expuesto concluye que no puede sostenerse con la suficiente certeza que las menciones a H1, G, GON, n, HN, 14 y 15, contenidas en los documentos del expediente, deben entenderse hechas a GONASA y que afirmar lo contrario vulneraría gravemente el principio constitucional de presunción de inocencia.

**SEXTO.** Vistas las diferentes posturas que mantienen ambas partes, debemos, entonces, examinar si efectivamente existen pruebas que permitan dar por acreditada la participación de la recurrente en la infracción única y continuada imputada. Y, en este sentido, ya en la sentencia dictada en fecha 9 de junio de 2016, recaída en el recurso 551/13, respecto de la prueba de las infracciones en materia de competencia, decíamos que: *"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 175/1988, 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".* Co nsideraciones que ratificamos en la sentencia de 15 de julio de 2016, recurso número 293/2012 que, al tratar sobre la prueba de indicios, decíamos: *"(...) 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).*

*(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, en cuanto a la posición del Tribunal Supremo, podemos destacar, entre otras, la sentencia dictada en fecha 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, si en el presente caso, existe prueba que acredite la participación de la recurrente en la infracción única y continuada por la que ha sido sancionada. Como ya hemos indicado anteriormente, la imputación de la recurrente en la infracción única y continuada por la realización de prácticas concertadas prohibidas en el artículo 1 de la LDC, consistentes en un cártel para el reparto del mercado y la fijación de precios en el suministro de hormigón en Asturias y alrededores, al menos, desde el año 1999 hasta el año 2014, quedaría fundamentada, de acuerdo con la resolución impugnada en la afirmación de que GONASA aparece denominada en las tablas, que la CNMC llama de obras y de producción, con diversas claves así como en diversos correos electrónicos enviados entre terceras empresas.

Pues bien, podemos ya adelantar que el presente recurso ha de ser estimado por las razones que pasamos a exponer. Destacamos especialmente que, en la resolución impugnada, una vez efectuado un relato extenso de los hechos distribuidos por periodos temporales, ha individualizado la participación concreta de la recurrente en la realización de actuaciones concertadas con las empresas competidoras determinante de la imputación de una infracción única y continuada, diciendo que figuraba designada en diversas tablas en forma de clave numérica, en algunos casos, y en otros en forma de clave alfabética. Y ello, a juicio, de la CNMC, era suficiente para considerar acreditado que la recurrente participaba y conocía las actuaciones concertadas llevadas a cabo por las empresas sancionadas integrantes del cártel.

Resaltamos que al margen del relato de hechos efectuado por la CNMC en la resolución sancionadora, lo cierto es que esta Sala no puede correlacionar esos hechos con la conducta de la recurrente si, como es el caso, en el apartado concreto de la individualización de la participación de cada empresa sancionada se ha prescindido de muchos otros hechos y ha centrado la imputación de GONASA en uno solo y es que figuraba en las tablas de obras y de producción con diversas denominaciones en forma de clave así como en correos electrónicos enviados por terceras empresas como indicios acreditativos de su participación en un cártel para el reparto de las obras y la fijación de precios en el mercado analizado.

Y es, por tanto, esa concreta imputación efectuada por la CNMC de forma individualizada a la recurrente lo que, a juicio de esta Sala, no es suficiente para que pueda ser responsable de una infracción única y continuada que implica la participación en un plan concertado con otras empresas competidoras con arreglo a un mismo objetivo.

Y, centrándonos, por tanto, de forma exclusiva en las tablas, esta Sala concluye que la CNMC no ha argumentado de forma sólida y fundamentada por quien y con qué criterios se realizaban los presuntos repartos del mercado de acuerdo con las tablas referidas. Así las cosas, las referidas tablas, en contra de lo sostenido por la CNMC, no acreditan, por sí mismas, la existencia de un reparto de mercado.

A juicio de esta Sala, las tablas, a las que la resolución sancionadora otorga un valor probatorio casi exclusivo, olvidándose del completo y exhaustivo relato de hechos que previamente había efectuado, no constituyen indicio en el que fundamentar la conclusión a la que llega la CNMC por cuanto que no ha quedado acreditado ni quien las confeccionaba, ni quien suministraba toda la información que en ellas se refleja, ni tampoco se ha acreditado si la recurrente conocía su existencia ni tampoco que ella remitiera a las empresas competidoras datos sobre su producción y de las obras que iba a realizar. Asimismo, no figura en el expediente administrativo ningún correo electrónico enviado o recibido por la recurrente, ni mensajes ni WhatsApp, relativos a las adjudicaciones de obras, precios a ofertar, ni sobre los intercambios de datos de producción, ni convocando ni participando en reuniones con las empresas competidoras del sector analizado que permita concluir que participaba aportando información relativa a su producción y a sus relaciones comerciales para que pudieran elaborarse las citadas tablas.



Igualmente concluimos que no tienen valor de prueba los correos electrónicos enviados entre empresas ajenas a la recurrente en los que aparece mencionada GONASA ya que no se tiene constancia de que la afectada tuviera conocimiento del contenido de los correos en los que otros hacen referencia a la recurrente.

Por otra parte, la CNMC atribuye veracidad a las tablas, como forma de acreditar el reparto del mercado, porque efectuó diversos requerimientos de información enviados por la Dirección Competencia a diversos clientes de las empresas hormigoneras para que indicaran quien era el suministrador de hormigón en determinadas obras. Y, según la CNMC, esa información corrobora que GONASA era quien figuraba en las tablas con distintas claves porque coincide la obra asignada en la tabla con la empresa que efectivamente llevó a cabo la obra como así acredita la constructora y promotora de las obras, clientes del producto fabricado y comercializado por las sancionadas. Sin embargo, esta Sala sostiene que la presunción que alcanza la CNMC no puede entenderse como acreditativa de la participación de la recurrente en las conductas colusorias imputadas porque, como explica la recurrente, la muestra en la que se apoya la CNMC consta solo de 3 obras llevadas a cabo en tres años cuando se le ha imputado un periodo mucho más extenso, desde el año 1999 al año 2014. Por lo que esa coincidencia entre las tres obras y la denominación en forma de clave numérica que se identifica con GONASA, no entendemos que tenga suficiente entidad como indicio probatorio dado que estamos ante una acreditación que por sus números puede calificarse como de casual y ocasional, sin que pueda establecerse que detrás de esas coincidencias exista un acuerdo de reparto del mercado en el que participaba la recurrente.

Incluso, aunque pudiéramos admitir que la simple afirmación de que GONASA coincide con las denominaciones en clave que figuran en las tablas, ello, sin embargo, no permite dar por acreditado 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.

En consecuencia, tras analizar el expediente se pone de manifiesto que no hay ninguna constancia de que la recurrente participara en comunicaciones con sus competidores respecto de las obras en licitación, ni existe ningún documento en todo el expediente que revele que GONASA remitiera cualquier tipo de documentación (tablas, correos, faxes ofertas, cantidades producidas, etc.) a otras empresas competidoras, ni tampoco que recibiera información, datos o tablas de otras empresas, a través del correo electrónico o fax.

Como ya hemos referido, 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. Por ello, insistimos en que la acreditación que relaciona la CNMC en la resolución se reduce a otorgar un significado a ciertos documentos - tablas- basado en conjeturas; además, no se aporta ningún testimonio que, de forma indubitada y corroborada con hechos incontestables, justifique lo correcto de las deducciones de la CNMC.

En definitiva, 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 GONASA procediendo, en consecuencia, la anulación de la resolución impugnada en lo que afecta a la mercantil recurrente.

**OCTAVO.** 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 nº **217/2017** promovido por la Procuradora Dña. Marta María Barthe Garcia de Castro, que actúa en nombre y representación de la mercantil **HORMIGONES DEL NALON, S.A.**, contra la Resolución dictada por la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en fecha 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 78.179 euros por la realización de conductas colusorias prohibidas en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Y, en consecuencia, acordamos la nulidad de la resolución sancionadora impugnada en lo que afecta a la recurrente.

Se imponen a la Administración demandada las costas procesales causadas en esta instancia.



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.

Así, lo mandamos, pronunciamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ