



Roj: **STS 587/2023 - ECLI:ES:TS:2023:587**

Id Cendoj: **28079130032023100027**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **23/02/2023**

Nº de Recurso: **6895/2021**

Nº de Resolución: **233/2023**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4261/2020,**
ATS 1140/2022,
STS 587/2023

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 233/2023

Fecha de sentencia: 23/02/2023

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **6895/2021**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 14/02/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: **6895/2021**

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 233/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 23 de febrero de 2023.

Esta Sala ha visto por los magistrados indicados al margen, en su Sección Tercera, el recurso de casación número **6895/2021**, interpuesto por la procuradora de los tribunales doña Patricia Rosch Iglesias, en nombre y representación de Hormigones Sevilla, S.L., bajo la dirección letrada de don Bosco Aguilar Sainz de Rozas, contra la sentencia de 18 de diciembre de 2020, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso-administrativo número 509/2016, que desestimó el recurso interpuesto por Hormigones Sevilla, S.L. contra la resolución, de 5 de septiembre de 2016, dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) en el expediente sancionador "S/DC/0525/14 CEMENTOS", mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 35.372 euros por la comisión de una infracción única y continuada consistente en el intercambio de información comercialmente sensible, en la adopción de acuerdos para el reparto de mercado y en la fijación de precios en la zona geográfica Sur en el mercado del producto de hormigón.

Ha intervenido como parte recurrida el Abogado del Estado, en la representación que ostenta.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Doña Patricia Rosch Iglesias, Procuradora de los Tribunales, actuando en nombre y representación de "Hormigones Sevilla SL", interpone recurso de casación contra la sentencia dictada por la sección sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de diciembre de 2020 rec. 509/2016) que desestimó el recurso interpuesto por Hormigones Sevilla, S.L. contra la resolución, de 5 de septiembre de 2016, dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) en el expediente sancionador "S/DC/0525/14 CEMENTOS", mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 35.372 euros por la comisión de una infracción única y continuada consistente en el intercambio de información comercialmente sensible, en la adopción de acuerdos para el reparto de mercado y en la fijación de precios en la zona geográfica Sur en el mercado del producto de hormigón.

SEGUNDO. Mediante Auto de 26 de enero de 2022 se admitió el recurso de casación declarando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en aclarar, desde la perspectiva del artículo 24 CE y de los principios que rigen el Derecho Administrativo sancionador, si la Sala de instancia, al fallar el recurso, puede ceñirse al examen de los concretos motivos de impugnación invocados por la recurrente (referidos al importe de la sanción impuesta), ignorando sus propios pronunciamientos previos y coetáneos, dictados en otros recursos interpuestos por otras empresas sancionadas contra la misma resolución en los que declara la nulidad de la resolución sancionadora, por inexistencia de infracción de la LDC.

El propio Auto de admisión afirma que para dar respuesta a esta cuestión hay que tomar en consideración las circunstancias concurrentes que concreta en las siguientes: ante un suplico de la demanda que contenía una pretensión de nulidad de la resolución recurrida (en concreto, se solicitaba a la Sala de instancia que "declare no ser conforme a derecho la Resolución de 5 de septiembre de 2016, anulando la misma", y aun cuando las alegaciones de la demanda se circunscriben a la improcedente determinación de la cuantía de la multa), puede la Sala de instancia ignorar sus propias sentencias precedentes y coetáneas al enjuiciamiento del recurso en las que declara la nulidad de una actuación administrativa (al menos dos de ellas de fechas anteriores a la fecha de la sentencia objeto de este recurso de casación, y una de la misma fecha), y que pusieron de manifiesto que la CNMC, en ese mismo expediente sancionador, no ha acreditado la comisión de la pretendida conducta infractora.

En definitiva, el Auto de admisión entiende que la cuestión que se plantea es si esa misma Sala y Sección de la Audiencia Nacional, al enjuiciar el recurso contra la resolución sancionadora, puede obviar sus previos pronunciamientos anulatorios, dictados en idéntico expediente sancionador, por razón de la inexistencia de infracción (al no resultar acreditada la existencia de un cártel), y confirmar la sanción impuesta, sin comprobar el presupuesto de esta.

TERCERO. El recurso considera infringidos los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y el art. 24 de la Constitución.

El origen del procedimiento administrativo del que trae causa el presente recurso de casación debe situarse en las actuaciones llevadas a cabo por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia con ocasión del expediente S/DC/0525/14 frente a diversas entidades que vienen desarrollando su actividad en los sectores del cemento y/u hormigón, entre las que se encuentra HORMIGONES SEVILLA, S.L., por la supuesta realización de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas, entre otros, por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictó la resolución de fecha 5 de septiembre de 2016, que acordó imponer una sanción a dicha sociedad de 35.372.- € de multa, como responsable de una conducta supuestamente constitutiva de la infracción consistente en "participar en un intercambio de información comercial sensible, acuerdo de precios y reparto del mercado del hormigón en la zona Sur" de España. Además, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia acordó sancionar a otras entidades por los mismos hechos.

Esta resolución fue objeto de diferentes recursos contenciosos administrativos interpuestos por las diferentes entidades sancionadas, ante la Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional que en diferentes sentencias de 10, 14, 18 y 21 de diciembre de 2020 (recursos 3722/2021, 3283/2021, 4823/2021, 2182/2021 y 3301/2021) en las que se estimaron los recursos y se acordó anular la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de fecha 5 de septiembre de 2012, entre otros extremos, por entender que "la CNMC, ha efectuado una construcción artificiosa y voluntarista de los datos obtenidos en las inspecciones realizadas para concluir que las empresas sancionadas actuaron conforme un plan preconcebido que, en esencia, consistía en el intercambio de información sensible para conseguir el reparto del mercado del hormigón y en acuerdos sobre precios, sin apoyo en pruebas sólidas y debidamente argumentadas que lo corroboren".

Por el contrario, la sentencia dictada por la Audiencia Nacional que es objeto de impugnación desestima el recurso y confirma la sanción impuesta a Hormigones Sevilla SL.

Es por ello que la entidad recurrente en casación considera que la sentencia ahora impugnada vulnera el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia en relación con el art. 24 de la Constitucional toda vez que la propia sección sexta de la Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional había reconocido en otros pronunciamientos dictados en el mismo caso que no había quedado acreditada la comisión de infracción alguna, por lo que entiende que dicho tribunal ha dictado en relación con unos mismos hechos diversas sentencia con fallos contradictorios

Y argumenta que la sentencia de la Audiencia Nacional debió haber anulado la sanción impuesta por falta de pruebas vulnerando la presunción de inocencia.

Así mismo considera que el hecho de que la Sala de instancia haya ignorado sus propios pronunciamientos previos y coetáneos, dictados en otros recursos interpuestos por otras empresas sancionadas contra la misma resolución, lo que, a su juicio, supone una vulneración de los derechos de igualdad en aplicación de la ley y tutela judicial efectiva.

Así mismo invoca y transcribe la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2016 (rec. 1382/2014) f.j séptimo y octavo, extrayendo la conclusión de que sobre la base de lo dispuesto en los artículos 33.2 y 65.2 de la LJ, el juzgador tiene libertad para motivar su decisión en aplicación del principio *iura novit curia*, siempre y cuando se someta a la consideración de las partes los nuevos motivos y cuestiones, con el fin de salvaguardar los principios de contradicción y congruencia.

La recurrente concluye que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, habiendo apreciado la existencia de motivos no aducidos por "Hormigones Sevilla SL" en su recurso contencioso- administrativo que necesariamente debía conllevar la estimación de nuestra pretensión de nulidad y con el fin de evitar incurrir en contradicciones con su propio criterio en supuestos similares, debió haber sometido tales cuestiones y motivos a la consideración de las partes con el fin de salvaguardar los principios de contradicción y congruencia y, posteriormente, una vez recibidas las alegaciones de las partes, dictar Sentencia estimando el recurso de mi mandante.

Por todo ello solicita que se estime el recurso de casación, casando y anulando la Sentencia recurrida y se acuerde la retroacción del recurso contencioso-administrativo tramitado ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional n.º 509/2016 al momento anterior a dictar Sentencia, con suspensión del plazo para pronunciar el fallo, concediendo a las partes un plazo de diez días para que formulen las alegaciones que consideren oportunas en relación con la falta de prueba por parte de la CNMC de la comisión de la infracción por "Hormigones Sevilla SL", todo ello de conformidad con el artículo 33 de la LJCA.

TERCERO. El Abogado del Estado se opone al recurso.

Como señala la sentencia de instancia, y respetando escrupulosamente el principio de congruencia en relación con el principio dispositivo, la delimitación de la pretensión en la demanda y de la razón de decidir de la sentencia se refiere exclusivamente a la cuantificación de la sanción impuesta. Por el contrario, en el escrito de preparación plantea que la sentencia vulnera lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia en relación con el artículo 24.2 de la Constitución Española, toda vez que en el caso que nos ocupa no ha quedado acreditada la comisión de infracción alguna se trata de una cuestión nueva que debe ser inadmitida.

No se puede admitir en casación la revisión de pretensiones, alterando lo alegado y pedido.

En esencia lo que viene a plantear el auto de admisión es el encuadramiento objetivo y subjetivo del principio de congruencia, en relación con el principio dispositivo y la concreta actuación procesal de la parte recurrente manifestada en la demanda, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y la motivación de la concreta sentencia de que se trata.

La tutela del derecho subjetivo hecho valer por la parte recurrente en el proceso de instancia se materializa en la pretensión anulatoria que se contiene en el suplico de la demanda y que no se limita a lo que señala el auto de admisión (que "declare no ser conforme a derecho la Resolución de 5 de septiembre de 2016, anulando la misma") porque se omite un elemento de especial trascendencia que está directamente vinculado a las alegaciones esenciales y únicas de la demanda basadas en la cuantía de la sanción y no en la falta de prueba de cargo suficiente que integraba el supuesto del injusto típico de infracción. Y lo omitido es lo que sigue reseñado con énfasis: "declare no ser conforme a derecho la Resolución de 5 de septiembre de 2016, anulando la misma por las infracciones del ordenamiento jurídico en que se ha incurrido en los términos interesados en el cuerpo del presente escrito".

Y la única circunstancia relevante que, a nuestro juicio, no supera el examen de lo más concreto y circunstanciado de la infracción procesal de que se trataría, que ni siquiera fue invocada con precisión en el escrito de preparación, como tampoco en el escrito de interposición, sería la relevancia que para la Sala de instancia presentaría el conocimiento de sus propias sentencias precedentes y coetáneas al enjuiciamiento de la demanda, en las que declara la nulidad de una actuación administrativa ("al menos dos de ellas de fechas anteriores a la fecha de la sentencia objeto de este recurso de casación, y una de la misma fecha"). Y ello podría efectivamente ser o haber sido relevante con una demanda que no hubiera contenido una pretensión de anulación "autolimitada".

Debe tenerse en consideración como señala la STS de 14 de noviembre de 2017, recurso de casación 3185/2016, que los límites objetivos que encauzan la congruencia procesal quedan definidos, por tanto, por las pretensiones suscitadas por ambas partes, lo que queda aún más evidente ante el texto del artículo 33.2 LJCA, conforme al cual "[...] si el Juez o Tribunal, al dictar sentencia, estimare que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición" deberá conferir a éstas un trámite de alegaciones, en lo que en nuestra tradición forense se conoce como planteamiento de la tesis, cuyo objetivo es ofrecer a ambas partes la oportunidad de salvar los principios dispositivo, de audiencia, contradicción y defensa, alegando sobre cuestiones o motivos que no han sido debatidos por ellas en sus escritos procesales.

Pero lo que no es posible es la alteración de la pretensión formulada en la demanda y mucho menos cuando es obligada para la parte la defensa jurídica profesional.

La Sala de instancia, al fallar el recurso, no solo puede sino que debe ceñirse al examen de los concretos motivos de impugnación invocados por la recurrente (referidos al importe de la sanción impuesta), de acuerdo con la pretensión "autolimitada" del suplico de la demanda, y debe ignorar sus pronunciamientos previos y coetáneos, dictados en otros recursos interpuestos por otras empresas sancionadas contra la misma resolución en los que declara la nulidad de la resolución sancionadora, por inexistencia de infracción de la LDC.

Por todo ello, solicita de este tribunal que se desestime el recurso de casación.

CUARTO. Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 14 de febrero de 2023, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El presente recurso de casación impugna la sentencia dictada por la sección sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de diciembre de 2020 (rec. 509/2016) que desestimó el recurso interpuesto por "Hormigones Sevilla, S.L" contra la resolución, de 5 de septiembre de 2016,

dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) en el expediente sancionador "S/DC/0525/14 CEMENTOS", mediante la cual se le impuso una sanción de multa de 35.372 euros por la comisión de una infracción única y continuada consistente en el intercambio de información comercialmente sensible, en la adopción de acuerdos para el reparto de mercado y en la fijación de precios en la zona geográfica Sur en el mercado del producto de hormigón.

SEGUNDO. La presente controversia no se centra, como pretende la parte recurrente, en determinar si existió o no infracción o si se vulneró o no la presunción de inocencia. Dichas infracciones no fueron invocadas en la demanda de instancia por lo que no formaron parte del debate planteándose por vez primera en casación, por lo que constituyen una cuestión nueva, lo que impide entrar en la misma dado que el recurso de casación tiene por finalidad propia valorar si se infringieron por el Tribunal *a quo* normas o jurisprudencia aplicables y resulta imposible que pueda producirse aquella infracción en relación con una cuestión que ni siquiera fue considerada y sobre la que, por tanto, no hubo pronunciamiento en la sentencia. "Tan singular mutatio libelli afectaría al mismo derecho de defensa del recurrido que garantiza el artículo 24 de la Constitución, en el supuesto de que, sin las posibilidades de la alegación y de la prueba que corresponden a la instancia, se entendiera admisible el examen y decisión de una cuestión sobrevenida a través del recurso de casación con las limitaciones que comporta su régimen respecto de dichos medios de defensa" (Sentencia de 5 de julio de 1996, rec. 4689/93, reproducida, junto a otras, en la de 7 de abril de 2007 (rec. 5066/2004).

La controversia no puede plantearse en esos términos. Tal y como señala el Auto de admisión la cuestión controvertida en sede casacional consiste en determinar si desde la perspectiva del artículo 24 CE, la Sala de instancia, al fallar el recurso, debe ceñirse al examen de los concretos motivos de impugnación invocados por la recurrente (referidos la falta de proporcionalidad del importe de la sanción impuesta), ignorando sus propios pronunciamientos previos y coetáneos, dictados en otros recursos interpuestos por otras empresas sancionadas contra la misma resolución, en los que declaró la nulidad de la resolución sancionadora por inexistencia de infracción de la LDC.

Lo que se cuestiona es si los tribunales contencioso-administrativos tan solo pueden resolver el litigio con base a las pretensiones planteadas por las partes y los motivos en los que se sustentan o si, utilizando la posibilidad prevista en el art. 33.2 de la LJ, deben tomar en consideración otros motivos de nulidad apreciados por el mismo tribunal en otras sentencias dictadas por ese mismo tribunal que resolvían los recursos interpuestos por otras empresas sancionadas en este mismo expediente. En definitiva, si la utilización del trámite previsto en el art. 33.1 de la LJ debe considerarse obligatoria o es una mera facultad del tribunal.

Con el fin de dar respuesta a esta cuestión ha de partirse de la previsión contenida en el artículo 33.1 de la LJ conforme a la cual "Los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo juzgarán dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición". Precepto que señala los límites a los que se sujeta el tribunal en el enjuiciamiento de la controversia reforzando la exigencia de congruencia en este orden jurisdiccional al exigir no solo que los Tribunales juzguen dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes sino también de los motivos que fundamentan el recurso y la oposición, conformando así la necesidad de que la sentencia en su *ratio decidendi* se mantenga dentro de los términos en que el debate se ha planteado por las partes, sin que se introduzcan motivos que, no habiendo sido alegados por las partes, resulten determinantes del pronunciamiento de la sentencia, privando a las mismas de formular las alegaciones y ejercitar su defensa respecto de aspectos fundamentales que quedan así al margen del necesario debate procesal que exige el principio de contradicción.

Ahora bien, la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa contempla la posibilidad de que el tribunal pueda pronunciarse sobre motivos no planteados por las partes procesales supeditándolo a que se introduzcan en el debate procesal, concediendo un trámite de audiencia. Así, el artículo 33.2 de la LJ dispone "Si el Juez o Tribunal, al dictar sentencia, estimare que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, lo someterá a aquéllas mediante providencia en que, advirtiéndoles que no se prejuzga el fallo definitivo, los expondrá y concederá a los interesados un plazo común de diez días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para pronunciar el fallo".

Se trata en principio de una potestad que el órgano judicial no está obligado a utilizar en todos los casos en los que eventualmente pudieran existir motivos de nulidad distintos a los aducidos por las partes, salvo que la necesidad de garantizar la tutela judicial efectiva así lo exija. Así podría suceder, por ejemplo, en los casos en los que existe una estrecha conexión entre diferentes litigios, de modo que los motivos de nulidad o la declaración de hechos probados apreciados por sentencia firme en uno de ellos se encuentren inescindiblemente vinculados con la conducta enjuiciada en otro recurso.

En todo caso, la aplicación por el tribunal de la potestad que le confiere el artículo 33.2 de la Ley Jurisdiccional habrá de ser valorada siempre en atención a las circunstancias concurrentes en cada supuesto.

TERCERO. Sobre la solución del presente recurso.

En el supuesto que nos ocupa la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia instruyó un expediente sancionador ("S/DC/0525/14 CEMENTOS") contra distintas empresas cementeras y hormigoneras por prácticas restrictivas de la competencia

En dicha resolución administrativa sancionadora, entre otros extremos, la CNMC consideró que en la Zona Sur de España varias empresas habían cometido una infracción única y continuada, intercambiando información comercialmente sensible, repartiéndose el mercado y estableciendo un acuerdo de precios desde el año 2005 hasta el año 2014. Dichas conductas las imputaba a las siguientes empresas: BETON CATALAN; CEMENTOS PORTLAND VALDERRIVAS, S.A. (VALDERRIBAS); ANDEMOSA; HORMIGONES SEVILLA SL (HORSEV); PREBRETONG; HISPALENSE; LEFLET; BETOLANIA; SURGYPS; HORMIGONES POLICHI, S.L. PREMACONS; PREFABRICADOS LIGEROS DE HORMIGON SL (PRELHOR); UTRERA Y CREAcons.

La Audiencia Nacional en numerosas sentencias que resolvían los recursos interpuestos por dichas empresas anulo las sanciones impuestas a dichas empresas. Cabe citar las siguientes sentencias de la Audiencia Nacional: 21 de diciembre de 2020 (rec. 477/2016) respecto a la empresa SURGYPS, la sentencia de 10 de diciembre de 2020 (rec. 486 /2016) respecto de la empresa PREFABRICADOS LIGEROS DE HORMIGON SL (PRELHOR); la sentencia de 21 de diciembre de 2020 (rec. 500/2016) respecto de BETONALIAS.L; la sentencia de 21 de diciembre de 2020 (rec. 501/2016) respecto BETON CATALAN, S.A; la sentencia SAN, de 14 de diciembre de 2020 (rec. 514/2016) referida a CEMENTOS PORTLAND VALDERRIVAS, S.A. (VALDERRIBAS); la sentencia SAN, de 18 de diciembre de 2020 (rec. 508/2016) referida a PREBETONG HORMIGONES S.A. (PREBETONG); la sentencia de 10 de diciembre de 2020 (rec. 506/2016) referida a "HORMIGONES POLICHI, S.L"; la sentencia SAN, de 15 de diciembre de 2020 (rec. 522/2016) respecto a "ANDALUZA DE MORTEROS, S.A.U". (ANDEMOSA); la sentencia de 14 de diciembre de 2020 (rec. 504/2016) respecto a la empresa "ÁRIDOS Y HORMIGONES HISPALENSES, S.L"; la sentencia de 10 de diciembre de 2020 (rec. 496/2016) respecto de la empresa "ALMACENES Y HORMIGONES CREAcons SL".

En dichas sentencias se consideró que "no se podía deducir de la resolución sancionadora cual era el plan preconcebido, ni cual era la actuación conjunta ni cual era la estrategia común de todas las empresas imputadas en la zona geográfica del sur en relación con el mercado de hormigón que permita concluir la efectiva correlación entre todos los sujetos intervinientes en las conductas imputadas consistentes en reparto de mercado, intercambio de información comercialmente sensible y acuerdos de fijación de precios". Es más, las sentencias afirmaron de forma contundente que "[...] no se ha constatado por la CNMC que las empresas imputadas en la zona geográfica del sur actuaran en ejecución de un plan concertado y de un plan conjunto de actuación conjunta porque la CNMC se ha limitado a describir documentos de forma cronológica sin que se siga una explicación de su vinculación con el plan común que implica la infracción única imputada[...]". Añadiendo que no se ha acreditado la existencia de la infracción única y continuada "[...] toda vez que no ha quedado acreditada la existencia de un plan común al que interactúan todas las actuaciones realizadas por las empresas del mercado afectado". [...] "Así las cosas, debemos concluir que, en el caso examinado, la CNMC ha efectuado una construcción artificiosa y voluntarista de los datos obtenidos en las inspecciones realizadas para concluir que las empresas sancionadas actuaron conforme un plan preconcebido común que, en esencia, consistía en el intercambio de información sensible para conseguir el reparto del mercado del hormigón y en acuerdos sobre precios sin apoyo en pruebas sólidas y debidamente argumentadas que lo corroboren".

En definitiva, la misma Sección de la Audiencia Nacional que dictó la sentencia ahora impugnada en casación había dictado numerosas sentencias (anteriores, simultáneas y posteriores a la ahora enjuiciada) referidas a las restantes empresas imputadas, considerando que no constaba acreditada la existencia de un plan preconcebido común, por lo que anuló las sanciones impuestas a las dichas empresas.

Es cierto que el recurso planteado por "Hormigones Sevilla SL" se limitó a impugnar el importe de la sanción impuesta y no cuestiono, a diferencia de las restantes empresas, la existencia de la infracción, pero los pronunciamientos anulatorios acordados por el Tribunal y en especial los motivos tomados en consideración para entender que no estaba acreditada la existencia de un plan preconcebido entre dichas empresas introducían un motivo de nulidad que estaba inescindiblemente vinculado a la conducta desplegada por "Hormigones Sevilla SL" y a la responsabilidad que se le imputaba, pues la existencia de un plan preconcebido común constituía también el presupuesto de la infracción que se imputaba a dicha empresa.

Esta estrecha vinculación entre el motivo que llevó al tribunal a anular las sanciones impuestas a las restantes empresas y la infracción que se imputaba a la recurrente obligaba a que el tribunal, en aras a conceder una

tutela judicial efectiva, hiciere uso de la previsión contenida en el art. 33.2 de la LJ introduciendo este motivo en el debate procesal para que las partes pudiesen alegar sobre su aplicación también al caso enjuiciado.

Por todo ello, procede estimar el recurso de casación, casando y anulando la Sentencia recurrida, y acordando la retroacción de actuaciones al momento anterior al señalamiento para votación y fallo para que el tribunal de instancia, utilizando la previsión contenida en el art. 33.2 de la LJ, conceda a las partes personadas un trámite de alegaciones sobre la incidencia que en dicho recurso podría tener el motivo de nulidad apreciado en otros pronunciamientos de dicho tribunal referidos a las restantes empresas a las que se imputaba esta misma infracción.

CUARTO. Doctrina jurisprudencial que se establece en respuesta a las cuestiones planteadas en el auto de admisión del recurso de casación.

En respuesta a la cuestión de interés casacional planteada ha de señalarse que la previsión contemplada en el art. 33.2 de la LJ debe entenderse como una potestad que el órgano judicial no está obligado a utilizar en todos los casos en los que eventualmente pudieran existir motivos de nulidad distintos a los aducidos por las partes, salvo que la necesidad de garantizar la tutela judicial efectiva así lo exija. Así podría suceder, por ejemplo, en los casos en los que existe una estrecha conexión entre diferentes litigios, de modo que los motivos de nulidad o la declaración de hechos probados apreciados por sentencia firme en uno de ellos se encuentren inescindiblemente vinculados con la conducta enjuiciada en otro recurso.

En todo caso, la aplicación por el tribunal de la potestad que le confiere el artículo 33.2 de la Ley Jurisdiccional habrá de ser valorada siempre en atención a las circunstancias concurrentes en cada supuesto.

QUINTO. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el art 93.4 LJ cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad sin que se aprecien razones de temeridad o mala fe en el presente litigio que justifiquen la imposición de las costas a ninguna de las partes intervinientes.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico cuarto:

1º Estimar el recurso de casación interpuesto por "Hormigones Sevilla SL" contra la sentencia dictada por la sección sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 18 de diciembre de 2020 (rec. 509/2016) que se casa y anula ordenando la retroacción de actuaciones al momento anterior al señalamiento para votación y fallo para que el tribunal de instancia, utilizando la previsión contenida en el art. 33.2 de la LJ, conceda a las partes personadas un trámite de alegaciones sobre la incidencia que en dicho recurso podría tener el motivo de nulidad apreciado en otros pronunciamientos de dicho tribunal referido a las restantes empresas a las que se imputaba esta misma infracción.

2º No imponer las costas del recurso de casación a ninguna de las partes recurrentes.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.