



Roj: **SAN 1504/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:1504**

Id Cendoj: **28079230062014100205**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **26/03/2014**

Nº de Recurso: **111/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MARIA ASUNCION SALVO TAMBO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1504/2014,**
STS 671/2018

SENTENCIA

Madrid, a veintiseis de marzo de dos mil catorce.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo núm. 111/12 que ante esta **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador D. Alberto Hidalgo Martínez, en nombre y representación de la sociedad **HORMIGONES BERIAIN, S.A.**, contra Resolución de fecha 12 de enero de 2012 de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre **sanciones (expediente nº NUM000 HORMIGÓN Y PRODUCTOS RELACIONADOS)**; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado; siendo codemandado la sociedad **CEMEX ESPAÑA S.A**, actuando en su nombre y representación el Procurador D. Francisco de Sales José Abajo Abril.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 12 de marzo de 2012, este recurso; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

" **SUPLICO A LA SALA** que se sirva admitir el presente escrito con los documentos que se acompañan y sus copias, tener por devuelto el expediente administrativo y por formulada demanda en el recurso contencioso-administrativo referenciado y, previos los trámites oportunos, dictar sentencia por la que, estimando totalmente el mismo:

1º) declare nula o, subsidiariamente, anule la Resolución de 12 de enero de 2012, del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, por la que se declara a **HORMIGONES BERIAN** responsable de la comisión de una infracción muy grave del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, consistente en la fijación de precios de hormigón, mortero y áridos y el reparto de dichos mercados, mediante el reparto de obras en las zonas delimitadas por el cártel en la Comunidad de Navarra y zonas limítrofes, desde junio de 2008 hasta el 22 de septiembre de 2009, y se impone a dicha sociedad una multa de 2.508.758 euros (expediente NUM000 Hormigón y productos relacionados),

2º) subsidiariamente respecto de lo anterior, anule parcialmente la Resolución citada y reduzca la mencionada multa conforme a lo expuesto en el cuerpo del presente escrito,

3º) ordene la publicación de la sentencia total o parcialmente estimatoria y de una nota de prensa relativa a la misma en el sitio web www.cncompetencia.es de la misma manera y forma en que se ha hecho pública la Resolución impugnada, con el fin de reparar el daño reputacional infligido a mi representada,



4º) todo ello con imposición de las costas devengadas en el presente proceso a la parte demandada."

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: "dicte Sentencia por la que desestime el presente recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, con expresa imposición de costas a la demandante."

3. Mediante Diligencia de Ordenación de fecha 17 de junio de 2013 se dió traslado a la codemandada para que contestaran la demanda, precluyéndose el plazo concedido .

4. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto, de fecha 3 de septiembre de 2013 acordando el recibimiento a prueba habiéndose practicado la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones; finalmente, mediante providencia de 5 de febrero de 2014 se señaló para votación y fallo el día 25 de marzo de 2014, en que efectivamente se deliberó y votó.

5. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido **Ponente la Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO, Presidente de la Sección.**

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El acto administrativo objeto de recurso es la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 12 de enero de 2012 (NUM000 Hormigón y productos relacionados) cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"PRIMERO.- Declarar acreditada la existencia de una infracción de cártel del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia , consistente en la fijación de los precios del suministro de hormigón, mortero y áridos y el reparto de mercado, mediante el reparto de obras en las zonas delimitadas por el cártel en la Comunidad Foral de Navarra y zonas limítrofes.

Declarar responsables de esta infracción de cártel a:

1. CANTERAS DE ECHAURI y TIEBAS SA (GRUPO CETYA), CEMENTOS PORTLAND VALDERRIBAS SA (CPV) HORMIGONES BERIAIN SA (BERIAIN) por la fijación de precios del suministro de hormigón, mortero y áridos, así como la participación en un reparto de mercado, en la Comunidad Foral de Navarra y zonas limítrofes, desde junio de 2008 hasta al menos el 22 de septiembre de 2009.

2. CEMEX ESPAÑA SA por la fijación de precios del suministro de hormigón, así como la participación en un reparto de mercado en lo relativo al hormigón, en la Comunidad Foral de Navarra y zonas limítrofes, desde junio de 2008 y hasta al menos el 22 de septiembre de 2009.

3. **CANTERAS y HORMIGONES VRE SA (VRESA)**, por la participación en un reparto de mercado en lo relativo al hormigón, en la Comunidad Foral de Navarra y zonas limítrofes, desde septiembre de 2008 y hasta al menos el 22 de septiembre de 2009.

SEGUNDO .- Imponer a las empresas responsables citadas las siguientes sanciones:

1.425.299 €, a CANTERAS DE ECHAURI y TIEBAS SA

5.726.431 €, a CEMENTOS PORTLAND VALDERRIBAS SA

2.508.758 €, a HORMIGONES BERIAIN SA

502.283 €, a CEMEX ESPAÑA SA

959.277 €, a CANTERAS y HORMIGONES VRE SA

TERCERO.- Intimar a las empresas sancionadas al cese de la conducta infractora sancionada

CUARTO.- Interesar a la Dirección de Investigación a que analice los hechos señalados en el Fundamento de Derecho Décimo y, en su caso, incoe procedimiento sancionador.

QUINTO.- Interesar a la Dirección de Investigación a que analice los hechos señalados en el Fundamento de Derecho Undécimo y, en su caso, incoe procedimiento sancionador.

SEXTO.- Instar a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia para que vigile el cumplimiento de esta Resolución."

2. En la propia Resolución impugnada se contiene la siguiente relación de HECHOS PROBADOS

después de hacer una descripción tanto de las partes intervinientes en el expediente como de los mercados afectados tanto geográficos como de producto. Estos hechos, particularmente los más relevantes a los efectos que ahora interesan y que no han sido desvirtuados por la actora, son los siguientes:

"22.2. CEMEX estuvo representado en las reuniones operativas a través del gerente de HORMICEMEX SA (HORMICEMEX), filial de CEMEX, constando en el expediente contactos con el Director General de Hormigón y Materiales de CEMEX, que acreditan el control de la presencia de dicho directivo de HORMICEMEX en las citadas reuniones y su conocimiento y aceptación de los acuerdos por parte de CEMEX. (HP 36)

23 . Igualmente ha quedado acreditada la asignación posterior de obras de acuerdo con lo establecido por las empresas imputadas a VRESA, la empresa en participación de CPV y CETYA que adquirió el control de las centrales de hormigón de CEMEX en septiembre de 2008, y aunque no se tiene constancia de su participación en las reuniones acreditadas en este expediente, sí que ha quedado acreditado que una vez tomó el control de las centrales enajenadas por CEMEX en septiembre de 2008, adquirió el cupo de obras asignado a esta empresa, y asimismo se tiene constancia de su participación en el reparto de otras zonas u obras. (HP infra xxx)

24 . En cuanto a CTH (el denunciante), está acreditada su presencia en las reuniones de 6 de junio (en la sede de CPV) y la de 12 de junio de 2008 (en la sede de Hormigones Arga, subsidiaria de BERIAIN), a las que también asistieron CEMEX, BERIAIN, CETYA y el abogado coordinador.

24.1. En la transcripción de la grabación de la reunión celebrada en la sede de Hormigones Arga el 12 de junio de 2008, se afirma lo siguiente (f. 90, 92 y 93)

Como se analizará con más detalle en apartados siguientes (HP 87 y ss.), en las tablas utilizadas para el control de las obras adjudicadas por las empresas imputadas se diferencian los m3 realizados por la filial de CTH, que no aparecen sumados en el "total adjudicado".

24.2. El denunciante igualmente mantuvo contactos bilaterales con la mayoría de las empresas imputadas:

El día 5 de junio de 2008 el Director General de CTH conversó telefónicamente con el Director de la División de Hormigón para la Zona Norte de CPV sobre el contenido de lo acordado en las reuniones previas del 2 y 3 de junio en el Hotel Tres Reyes de Pamplona, manifestando al respecto el representante de CTH:

El día 12 de junio el Presidente de CTH conversó telefónicamente con el Director General de Hormigón y Materiales de CEMEX sobre las reuniones anteriores (de 2, 3 y 6 de junio) y sobre la que se iba a celebrar ese día en la sede de Hormigones Arga (BERIAIN), planteando el representante de CTH a su interlocutor la necesidad de hacer : (f. 81).

El día 13 de junio el Presidente de CTH mantuvo una conversación telefónica con el Director de la División de Hormigón para la Zona Norte de CPV sobre el contenido de lo acordado y lo que se ofrecía a CTH, manifestando su representante que los acuerdos se tendrían que haber hecho de otra forma (f.163).

El mismo día 13 de junio el Presidente de CTH mantiene otra conversación telefónica con el Director General- Gerente de BERIAIN sobre el contenido de los acuerdos y la forma de controlar su aplicación, y en la que CTH manifiesta su desacuerdo con los porcentajes que se le adjudican: (f. 176).

24.3. Además, el denunciante, con anterioridad a la presentación de la denuncia en la CNC en agosto de 2009, realizó diversas actuaciones públicas en las que afirma existir una anómala situación competitiva en los mercados objeto de este expediente:

a) Publicación en prensa de diversos artículos en septiembre de 2008. noviembre de 2008 y enero de 2009 (folios 184 a 188).

b) Envío de cartas al Consejero de Innovación, Empresa y Empleo de la Comunidad Foral de Navarra en octubre y noviembre de 2008 (folios 189 a 191).

c) Envío de cartas al Presidente de la Confederación de Empresarios de Navarra (CEN) en octubre, noviembre y diciembre de 2008 y en enero y febrero de 2009 (folios 192 a 197).

d) Envío de cartas al Presidente de la Cámara de Navarra en octubre y noviembre de 2008 (folios 200 a 203).

e) Envío de cartas al Presidente y Vicepresidenta de CPV en septiembre y octubre de 2008 y marzo de 2009 (folios 204 a 215).

f) Mantenimiento de una reunión con el presidente de CPV el 4 de marzo de 2009 según consta en la carta dirigida a éste, remitida por el denunciante el 7 de marzo de 2009 (folios 211 y 212).

g) Envío de cartas al Presidente de la Asociación Nacional Española de Fabricantes de Hormigón Preparado (ANEFHOP) en marzo de 2009 (folio 227).



25. Como ya se ha señalado, al menos a dos de las reuniones operativas del cártel, también asistió un abogado externo que actuaría en estas reuniones como coordinador y con el objetivo de controlar el cumplimiento de los acuerdos, aunque su presencia fue discutida en varias ocasiones por CEMEX.

Así queda acreditado, por ejemplo, por la conversación telefónica entre el presidente de CTH y el Director General de Hormigón y Materiales de CEMEX el 12 de junio de 2008, en la que esta última empresa se negaba a la existencia a las reuniones de una persona ajena a los acuerdos para controlar su aplicación (f. 77 y 78).

Por tanto queda acreditado que CEMEX no estaba dispuesto a participar en las reuniones en las que estuviese el abogado, y así el Director General de Hormigón y Materiales de CEMEX ordenó al Gerente de Hormigón de la Zona Norte de HORMICÉMEX que no asistiera a la reunión prevista para ese mismo día, tal y como de hecho, sucede, constando en el expediente que por parte de CEMEX no asiste directivo alguno a la reunión que finalmente se celebró el 12 de junio de 2008, siendo ésta también la última reunión a la que asiste el abogado externo.

De hecho, al margen de estas dos reuniones operativas del cártel en las que consta su asistencia, no existe constancia en la información obrante en este expediente sancionador de que finalmente este abogado externo tuviese algún papel en el funcionamiento del cártel con posterioridad a su asistencia a las reuniones de 6 y 12 de junio de 2008."

- ORIGEN DE LA DOCUMENTACIÓN ACREDITATIVA DE LA INFRACCIÓN IMPUTADA:

12. Junto con la denuncia presentada en la CNC el 26 de agosto de 2009, la empresa denunciante (CTH) adjuntó como anexos la transcripción de seis grabaciones de audio de conversaciones telefónicas y de reuniones en las que participan las empresas denunciante y denunciadas, identificadas con los números:

12.1. La grabación nº S0051 contiene la conversación telefónica mantenida el día 5 de junio de 2008 entre un directivo de CPV ([...], Director de la División de Hormigón para la Zona Norte de CPV) y otro de CTH ([...], Director General de CTH). Folios 25-32, T I.

12.2. La grabación nº S0057 contiene la reunión celebrada el 6 de junio de 2008 en la sede de CPV, a la que asistieron representantes de esta empresa (Sr. Franco), CEMEX (Sr. Miguel), Gerente de Hormigón de la Zona Norte de Hormicemex SA), BERIAIN (Sr. Maximiliano), Director General -Gerente- de Beriaín), CETYA (Sr. Amador), Director General de Cetya) y CTH (Sr. David), así como un abogado (Sr. Jeronimo) contratado como coordinador del cártel (f. 33-74, T I).

12.3. La grabación nº A0002 recoge la conversación telefónica mantenida el 12 de junio de 2008 entre un representante de CEMEX (Sr. Ruperto), Director General de Hormigón y Materiales de Cemex) y otro de CTH (Sr. Juan Francisco Presidente de CTH). Folios 75-84, T I.

12.4. La grabación nº A0003 contiene la reunión celebrada el 12 de junio de 2008 en las oficinas de la planta de Hormigones Arga (subsidiaria de BERIAIN) a la que asisten representantes de BERIAIN (Don. Maximiliano), CPV (Don. Franco), CETYA (Don. Amador), CTH (Don. David) y el abogado (Sr. Jeronimo) coordinador (f. 85-154, T I).

12.5. La grabación nº A0005 contiene la conversación telefónica mantenida el día 13 de junio de 2008 entre un representante de CPV (Don. Franco) y otro de CTH (Sr. Juan Francisco). Folios 155-167, T I.

12.6. La grabación nº A0009 contiene conversación telefónica mantenida el 13 de junio de 2008 entre representante de BERIAIN (Don. Maximiliano) y CTH (Sr. Juan Francisco). Folios 168-181, T I.

13. En la denuncia (f. 14) se afirma ponerse a disposición de la CNC el soporte informático de dichas grabaciones, y en el folio 21 se dice que se adjuntan las grabaciones cuyas transcripciones se anexan a la denuncia. Además, en el anexo 10 de la denuncia (f. 231, T I) figura escrito de fecha 5 de agosto de 2009 firmado por un representante de la empresa "Seguimiento Integral de Medios SL", en el que se dice certificar que

14. En la denuncia (f. 10, T I) se hace referencia a una reunión celebrada el 1 de julio de 2008 en la sede de CPV, a la que habrían asistido representantes de CPV (Don. Franco), BERIAIN (Don. Maximiliano), CETYA (Don. Amador), CEMEX (Don. Miguel) y CTH (Srs. Juan Francisco y David).

La transcripción de la grabación de esta reunión fue entregada por el denunciante como anexo a su escrito con fecha de entrada en la CNC el 24 de septiembre de 2009 (f. 644 y ss., T III), y figura incorporada al expediente en los folios 653 a 672 (T III).

La grabación de esta reunión de 1 de julio de 2008 fue entregada por CTH adjunta a su escrito de entrada en la CNC con fecha 8 de octubre de 2009 (f. 812 a 815, T IV).



15 . El 22 de septiembre de 2009, la CNC llevó a cabo inspecciones simultáneas en las sedes de CPV (en Madrid y Pamplona), CETYA, BERIAIN, CEMEX ESPAÑA, S.A. (en adelante, CEMEX), CEMEX TRADING EUROPE, S.A. y de HOLCIM ESPAÑA S.A.

16 . El 15 de diciembre de 2009, la DI acordó la incoación de este expediente sancionador con el núm. NUM000 , contra CETYA, CPV, BERIAIN, HORMIGONES VRE SA (VRESA) y CEMEX.

17 . Mediante dos Diligencias del Secretario de Instrucción de igual fecha (15/12/2009) que el acuerdo de instrucción (15 de diciembre de 2009), se hace constar que el folio 673 (T III) se corresponde con una unidad de memoria, que contiene las grabaciones señaladas en el (HP 13), y que el folio 821 (T IV) se corresponde con otra unidad de memoria, que contiene la grabación referenciada en el HP 14.

18. En el folio 673 Bis (T III) figura "Nota del Instructor" con el contenido que sigue:

- INICIO DE LA INFRACCIÓN IMPUTADA, EMPRESAS PARTICIPANTES Y FUNCIONAMIENTO:

19 . Según la información aportada por el denunciante y la recabada en las inspecciones realizadas en las sedes de CPV, CETYA, BERIAIN y CEMEX, el inicio de la infracción que se imputa en este expediente se produce en un momento en el que los precios del árido, el mortero, pero en particular del hormigón, registran una tendencia descendente en los mercados en general, y en particular, en relación con este mercado geográfico, con precios de 40 €/m³ en el mercado del hormigón (Versión censurada del correo electrónico interno de CPV de 7 de mayo de 2008, con asunto "RE: PRECIOS RIBERA DE NAVARRA", recabado en la inspección de CPV, f. 2486).

20 . Ante dicha situación, en junio de 2008, las empresas imputadas adoptan varios acuerdos de fijación de precios y reparto de mercados, sucediéndose a partir de dicho momento contactos entre las empresas responsables.

21 . El papel (y la responsabilidad) de las distintas empresas no fue uniforme en cuanto a la adopción de los acuerdos acreditados, ya que éstos, en principio, se adoptaron en las reuniones de 2 y 3 de junio de 2008 por directivos de máximo nivel de CPV, CETYA y BERIAIN (Ver infra HP 31).

22 . En cuanto a CEMEX, que no participó en dichas reuniones, en junio de 2008 tenía planeado la desinversión de 4 de sus 5 plantas de hormigón en la Comunidad Foral de Navarra, quedándose únicamente con la planta ubicada en Tudela y, por otra parte, esta empresa no comercializa mortero ni árido en dicho territorio.

22.1. No obstante, CEMEX ha participado en los acuerdos adoptados, una vez se le "invitó" por las tres empresas originarias del cártel a unirse, participando en las reuniones operativas que se celebraron posteriormente, así como en los diferentes contactos que hubo entre las empresas imputadas, quedado constancia en este expediente de las obras asignadas a esta empresa de acuerdo con el reparto fijado por ellas (Ver *infra* HP 35).

22.2. CEMEX estuvo representado en las reuniones operativas a través del gerente de HORMICEMEX SA (HORMICEMEX), filial de CEMEX, constando en el expediente contactos con el Director General de Hormigón y Materiales de CEMEX, que acreditan el control de la presencia de dicho directivo de HORMICEMEX en las citadas reuniones y su conocimiento y aceptación de los acuerdos por parte de CEMEX. (HP 36)

23 . Igualmente ha quedado acreditada la asignación posterior de obras de acuerdo con lo establecido por las empresas imputadas a VRESA, la empresa en participación de CPV y CETYA que adquirió el control de las centrales de hormigón de CEMEX en septiembre de 2008, y aunque no se tiene constancia de su participación en las reuniones acreditadas en este expediente, sí que ha quedado acreditado que una vez tomó el control de las centrales enajenadas por CEMEX en septiembre de 2008, adquirió el cupo de obras asignado a esta empresa, y asimismo se tiene constancia de su participación en el reparto de otras zonas u obras. (HP *infra* xxx)

24 . En cuanto a CTH (el denunciante), está acreditada su presencia en las reuniones de 6 de junio (en la sede de CPV) y la de 12 de junio de 2008 (en la sede de Hormigones Arga, subsidiaria de BERIAIN), a las que también asistieron CEMEX, BERIAIN, CETYA y el abogado coordinador.

24.1. En la transcripción de la grabación de la reunión celebrada en la sede de Hormigones Arga el 12 de junio de 2008, se afirma lo siguiente (f. 90, 92 y 93)

Como se analizará con más detalle en apartados siguientes (HP 87 y ss.), en las tablas utilizadas para el control de las obras adjudicadas por las empresas imputadas se diferencian los m³ realizados por la filial de CTH, que no aparecen sumados en el "total adjudicado".

24.2. El denunciante igualmente mantuvo contactos bilaterales con la mayoría de las empresas imputadas:



El día 5 de junio de 2008 el Director General de CTH conversó telefónicamente con el Director de la División de Hormigón para la Zona Norte de CPV sobre el contenido de lo acordado en las reuniones previas del 2 y 3 de junio en el Hotel Tres Reyes de Pamplona, manifestando al respecto el representante de CTH:

El día 12 de junio el Presidente de CTH conversó telefónicamente con el Director General de Hormigón y Materiales de CEMEX sobre las reuniones anteriores (de 2, 3 y 6 de junio) y sobre la que se iba a celebrar ese día en la sede de Hormigones Arga (BERIAIN), planteando el representante de CTH a su interlocutor la necesidad de hacer : (f. 81).

El día 13 de junio el Presidente de CTH mantuvo una conversación telefónica con el Director de la División de Hormigón para la Zona Norte de CPV sobre el contenido de lo acordado y lo que se ofrecía a CTH, manifestando su representante que los acuerdos se tendrían que haber hecho de otra forma (f.163).

El mismo día 13 de junio el Presidente de CTH mantiene otra conversación telefónica con el Director General-Gerente de BERIAIN sobre el contenido de los acuerdos y la forma de controlar su aplicación, y en la que CTH manifiesta su desacuerdo con los porcentajes que se le adjudican: (f. 176).

24.3. Además, el denunciante, con anterioridad a la presentación de la denuncia en la CNC en agosto de 2009, realizó diversas actuaciones públicas en las que afirma existir una anómala situación competitiva en los mercados objeto de este expediente:

a) Publicación en prensa de diversos artículos en septiembre de 2008. noviembre de 2008 y enero de 2009 (folios 184 a 188).

b) Envío de cartas al Consejero de Innovación, Empresa y Empleo de la Comunidad Foral de Navarra en octubre y noviembre de 2008 (folios 189 a 191).

c) Envío de cartas al Presidente de la Confederación de Empresarios de Navarra (CEN) en octubre, noviembre y diciembre de 2008 y en enero y febrero de 2009 (folios 192 a 197).

d) Envío de cartas al Presidente de la Cámara de Navarra en octubre y noviembre de 2008 (folios 200 a 203).

e) Envío de cartas al Presidente y Vicepresidenta de CPV en septiembre y octubre de 2008 y marzo de 2009 (folios 204 a 215).

f) Mantenimiento de una reunión con el presidente de CPV el 4 de marzo de 2009 según consta en la carta dirigida a éste, remitida por el denunciante el 7 de marzo de 2009 (folios 211 y 212).

g) Envío de cartas al Presidente de la Asociación Nacional Española de Fabricantes de Hormigón Preparado (ANEFHOP) en marzo de 2009 (folio 227).

25. Como ya se ha señalado, al menos a dos de las reuniones operativas del cártel, también asistió un abogado externo que actuaría en estas reuniones como coordinador y con el objetivo de controlar el cumplimiento de los acuerdos, aunque su presencia fue discutida en varias ocasiones por CEMEX.

Así queda acreditado, por ejemplo, por la conversación telefónica entre el presidente de CTH y el Director General de Hormigón y Materiales de CEMEX el 12 de junio de 2008, en la que esta última empresa se negaba a la existencia a las reuniones de una persona ajena a los acuerdos para controlar su aplicación (f. 77 y78).

Por tanto queda acreditado que CEMEX no estaba dispuesto a participar en las reuniones en las que estuviese el abogado, y así el Director General de Hormigón y Materiales de CEMEX ordenó al Gerente de Hormigón de la Zona Norte de HORMICÉMEX que no asistiera a la reunión prevista para ese mismo día, tal y como de hecho, sucede, constando en el expediente que por parte de CEMEX no asiste directivo alguno a la reunión que finalmente se celebró el 12 de junio de 2008, siendo ésta también la última reunión a la que asiste el abogado externo.

De hecho, al margen de estas dos reuniones operativas del cártel en las que consta su asistencia, no existe constancia en la información obrante en este expediente sancionador de que finalmente este abogado externo tuviese algún papel en el funcionamiento del cártel con posterioridad a su asistencia a las reuniones de 6 y 12 de junio de 2008.

26. A las reuniones acreditadas en este expediente sancionador asistían los máximos representantes de las empresas participantes en los acuerdos, a nivel de Director General o Presidente de dichas empresas, o bien, en aquellas calificadas por las propias empresas como "operativas", directivos de menor nivel de algunas de estas empresas -como es el caso de las empresas CPV y CETYA-, como se deduce del siguiente fragmento de la conversación telefónica mantenida el 12 de junio de 2008 entre el Director General de Hormigón y Materiales de CEMEX y el Presidente de CTH (f. 77):



27. El lugar de celebración de las reuniones operativas del cártel fue discutido por las empresas participantes, con objeto de que las citadas reuniones no llamasen la atención, así como no dejar ningún tipo de prueba o evidencia de dichas reuniones, de acuerdo con la información obrante en este expediente :

28. En términos generales, son evidente las precauciones tomadas por las empresas imputadas para evitar cualquier posible investigación por parte de las autoridades de competencia y de ahí, la preocupación manifestada de forma reiterada por alguna de estas empresas en relación con el lugar de la reunión y que las reuniones no despertaran sospechas:

Así resulta de la transcripción de la conversación telefónica mantenida entre CPV y CTH el 13 de junio de 2008 (f. 174).

Y de la transcripción de grabación de la reunión celebrada el 12 de junio (f. 88 y 89):

29. Así, al menos durante los meses de junio a octubre de 2008, directivos de alto nivel de CPV, CETYA, CEMEX y BERIAIN mantuvieron reuniones y conversaciones bilaterales en relación con los acuerdos adoptados relativos a los mercados de hormigón, morteros y áridos en la Comunidad Foral de Navarra y zonas limítrofes.

Estas reuniones se llevaron a cabo en distintas ubicaciones, las primeras de ellas, de alto nivel, en el hotel Tres Reyes, si bien las siguientes se celebraron en la sede de las propias empresas imputadas -generalmente, en CPV- o en empresas en las que los directivos participantes en el cártel también ostentaban cargos directivos -como Hormigones Arga SA-.

30. La existencia de reuniones posteriores a las que asistió el denunciante consta acreditada con la información recabada en las inspecciones, si bien ésta no es tan explícita como la aportada por las transcripciones de las reuniones anteriores por las cautelas ya señaladas adoptadas por las empresas del cártel (f. 107 y s.), transcripción de la grabación de la reunión celebrada en la sede de Hormigones Arga el 12 de junio de 2008:

31. El origen de la infracción imputada se sitúa en la reunión celebrada el 2 de junio de 2008, a la que asisten el Director General para España de CPV y el Presidente de CETYA, en el hotel Tres Reyes de Pamplona y en la celebrada el día siguiente, a la que se incorpora el Director General y Gerente de BERIAIN.

Durante estas reuniones, las citadas empresas adoptan los principales términos de los acuerdos objeto de investigación en este expediente, tales como la fijación de los precios del hormigón, el árido y el mortero y el reparto del mercado en zonas en función de las "cuotas" asignadas a cada empresa participante.

Así se confirmó posteriormente por el propio Director General de BERIAIN en la conversación telefónica mantenida con el Presidente de CTH, en la que le comenta la llamada recibida de CPV para unirse a la reunión que tenía con el Presidente de CETYA y su participación en dicha reunión al día siguiente en el citado hotel (f.169, 170, 176)

32. También el Director General de Hormigón y Materiales de CEMEX era conocedor de estas reuniones, como evidencia la conversación que tuvo éste con el Presidente de CTH el 12 de junio de 2008 (folio 76).

33. El contenido de estas reuniones de 2 y 3 de junio de 2008 queda reflejado en la conversación telefónica mantenida el 12 de junio de 2008 entre el Director General de Hormigón y Materiales de CEMEX y el Presidente de CTH, informando el primero de la conversación que tuvo con el Director General de CPV para España, en el que éste le confirmó la reunión celebrada con CETYA y BERIAIN, así como el contenido del acuerdo alcanzado por estas tres empresas -CPV, CETYA y BERIAIN- y la postura de CEMEX al respecto, reclamando su participación en el cártel (f. 76).

34. Posteriormente a estas reuniones del 2 y 3 de junio de 2008, se celebraron reuniones operativas entre directivos de las empresas imputadas -de menor nivel en el supuesto de CETYA y CPV- en las que se planteaban determinados aspectos relacionados con la ejecución de lo acordado como el reparto de las obras concretas dentro de las zonas señaladas en función de las cuotas establecidas anteriormente entre las empresas del cártel.

35. Así, han quedado también acreditadas:

35.1. Una reunión o contacto el 4 de junio de 2008 entre, al menos, CTH y CPV y entre CPV y CEMEX (Transcripción de la conversación telefónica del día 5 de junio de 2008 entre el Director de la División de Hormigón para la Zona Norte de CPV y el Director General de CTH, f. 27):

"CPV.- Oye [refiriéndose al Dir. Gral. de CTH]... y lo hablé ayer contigo..."

[..]



CPV.- vamos a ver, en el hormigón te digo. Se quiere presupuestar a 70 para bajar, para bajar 10 euros, para todo lo que entra nuevo. Y luego te comento para las obras que están en estos momentos..."

[...]

CPV.- ..., en la reunión que tuvimos a las 12...

CTH.- Y en esa reunión estaba Cemex

CPV.- Estaba Cemex, sí, sí...."

35.2. Y una reunión el 6 de junio de 2008 en la sede de CPV a la que asistieron directivos de CETYA, CPV, CEMEX, BERIAIN y CTH, así como un abogado que fue inicialmente contratado como coordinador. En representación de CEMEX asistió a estas reuniones el Gerente Zona Norte HORMICEMEX si bien queda acreditado por la conversación mantenida el 12 de junio de 2008 entre el presidente de CTH y el Director General de Hormigón y Materiales de CEMEX, que este directivo de HORMICEMEX estaba a las órdenes directas de CEMEX, que tenía potestad para enviarle o no a la reunión (HP 25). En esta reunión de 6 de junio de 2008 se trataron, entre otros temas, los términos de los acuerdos de precios de hormigón, mortero y áridos, así como determinados aspectos del reparto de mercado (transcripción de la grabación aportada por el denunciante, f. 34 y 55):

36 . Ha quedado acreditado que a la reunión celebrada el 12 de junio de 2008 en las oficinas de la planta de HORMIGONES ARGSA SA asistieron directivos de BERIAIN, CPV, CETYA y CTH.

CEMEX decidió no asistir a esta reunión, como se indica expresamente en la conversación mantenida ese mismo día por el Director General de Hormigón y Materiales de CEMEX y el Presidente de CTH, a causa de la presencia en la misma de un abogado con funciones de coordinador de los acuerdos anticompetitivo.

Transcripción de la grabación de la conversación telefónica celebrada el día 12 de junio de 2008 entre el Director General de Hormigón y Materiales de CEMEX y el Presidente de CTH, f. 78):

Transcripción de la grabación de la reunión celebrada el 12 de junio de 2008 (f. 86 a 88)

37 . En esta reunión de 12 de junio de 2008 se trataron, entre otros temas, los límites de los acuerdos y los sistemas de control y se concretó el reparto de obras tal y como consta en la transcripción de la mencionada reunión aportada por el denunciante.

38. También se ha acreditado la existencia de otras reuniones posteriores a las celebradas entre junio y julio de 2008, con la participación de directivos de BERIAIN, CPV y CETYA, de acuerdo con la información recabada en las inspecciones realizadas por la CNC:

- Reunión celebrada entre el Director General de CPV para España, el Presidente de CETYA y el Director General de BERIAIN, en la que se trataron temas relacionados con el mercado de Tafalla, cuotas en el mercado de Pamplona, posibles acuerdos de áridos en Liédena, el control de los acuerdos y el reparto de 4 obras singulares.

Así resulta de las anotaciones manuscritas realizadas en un cuaderno del Director General para España de CPV, recabado en la inspección realizada en la sede de CPV; f 335 y 336; versión censurada del folio 336 en el f. 1511.

- Reunión celebrada el 3 de septiembre de 2008 en la que participaron, al menos, el Director General de CPV para España y el Presidente de CETYA.

Así resulta de las anotaciones en las agendas en formato electrónico del Director General de CPV para España y del Presidente de CETYA, recabadas en las inspecciones de CPV y CETYA (f. 1928 a 1929 y 1909 a 1910, respectivamente).

- Reunión celebrada el 8 de octubre de 2008, a la que, al menos, participaron directivos de CPV y BERIAIN, en la que se trataron temas relacionados con el precio del hormigón, el reparto de obras singulares y las condiciones particulares solicitadas por BERIAIN en relación con el reparto del cupo de CEMEX.

Así resulta de las anotaciones manuscritas realizadas en un cuaderno del Director General para España de CPV, recabado en la inspección de esta empresa (versión censurada en los folios 1513 y 1514).

- Reunión celebrada el 3 de septiembre de 2009 entre el Director General de CPV para España, el Presidente de CETYA y el Director General de BERIAIN.

Así resulta de la cita anotada en el calendario de Outlook perteneciente a mencionado directivo de CPV recabada en la inspección de esta empresa, con asunto "JOAQUIN SENOSAIN Y JAL" (los citados directivos



de CETYA y BERIAIN), con inicio el jueves 3 de septiembre de 2009 a las 9:30 y finalización el mismo día a las 11:00 (f. 1907 y 1908).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

- ACUERDO

S ALCANZADOS

La documentación obrante en el expediente acredita que las empresas imputadas mantuvieron contactos, negociaron y llegaron a un acuerdo global en el suministro de hormigón, mortero y áridos en la Comunidad Foral de Navarra y zonas limítrofes, consistente en:

- Acuerdo entre CPV, CETYA, BERIAIN y CEMEX para la fijación del precio del hormigón y los incrementos posteriores del mismo.

- Acuerdo entre CPV, CETYA y H.BERIAIN para la fijación del precio del mortero y los áridos, así como los incrementos posteriores de los mismos.

- Acuerdo para el reparto de los mercados de hormigón, mortero y áridos en la Comunidad Foral de Navarra y zonas limítrofes, dividiendo este territorio en áreas, entre las empresas CPV, CETYA, H.BERIAIN, CEMEX y VRESA, así como el reparto de las obras demandantes de hormigón, mortero y áridos en cada una de estas zonas entre dichas empresas.

Acuerdos de fijación de incrementos de precios del hormigón, morteros y áridos

Los hechos que se recogen a continuación, y que constan en la documentación obrante en el expediente, permiten afirmar que las empresas imputadas acordaron, tanto fijar el precio del hormigón, el mortero y los áridos, como los incrementos escalonados de dichos precios en las reuniones en las que participaron directivos de CPV, CETYA y BERIAIN, presentes en estos mercados, así como CEMEX, respecto del hormigón, pues aunque dichos acuerdos se adoptaron por todas estas empresas, CEMEX no suministra ni mortero ni áridos en la Comunidad Foral de Navarra.

Acuerdo de precios en el mercado de hormigón:

39. Respecto del hormigón, el acuerdo entre CPV, CEMEX, CETYA y BERIAIN consistió en fijar los precios del hormigón de manera que éstos se incrementaran de manera escalonada.

40. Según se deduce de las transcripciones aportadas por el denunciante y de las agendas del Presidente de CETYA y del Director General para España de CPV recabadas en las inspecciones realizadas por la CNC, los primeros contactos entre competidores se produjeron el 2 y 3 de junio de 2008 entre CPV, CETYA y BERIAIN.

En estos contactos se llegó a fijar un precio de oferta inicial para estudios de los proyectos de 70€ el m³ entre estas empresas, que posteriormente se haría extensivo a CEMEX.

Asimismo se fijó el descuento que podía hacerse posteriormente en 10€/m³, fijando el precio final para las obras que se ofertaban nuevas en 60 €/m³, tal y como se deduce de la transcripción de la grabación de la conversación telefónica entre directivos de CPV y CTH el 5 de junio de 2008 aportada por el denunciante, en la que se alude a una reunión o contacto el día anterior entre, al menos, CPV y CEMEX (f. 27 y 29)

41 . El 6 de junio de 2008 tuvo lugar una reunión entre representantes de CPV, CEMEX, BERIAIN, CETYA, CTH y un abogado externo al que se tenía intención de contratar como coordinador, en la que se hace referencia a los precios acordados en una fase anterior, que evidencia la posible existencia de un acuerdo previo en relación con determinadas obras que estaban en ese momento en licitación, tal como se deduce del siguiente fragmento de la conversación mantenida durante la citada reunión en la que finalmente se fijaron los precios de la forma ya indicada: 60€ para las que se vayan a ofertar para estudio y 70€ para obra nueva, frente a los 40-45 € que en ese momento se estaba pagado y los que ya se habían fijado entre 55-60€ en ese acuerdo anterior para estudio; en suma, se pasaba de los 40-45€ a los 70€ (Transcripción de la grabación de la reunión aportada por el denunciante, folio 37).

Asimismo, en esta misma reunión celebrada el 6 de junio celebrada en la sede de CPV, los directivos presentes de esta empresa y de CEMEX, BERIAIN y CETYA acordaron continuar con este incremento de los precios del hormigón en septiembre y en diciembre de 2008, superando la cantidad fijada inicialmente de 70 €, con un incremento de 2 y 5 €, respectivamente (Transcripción de la grabación aportada por el denunciante, folio 38)

42. Este aumento del precio hasta los 70 € también fue comentado en la conversación telefónica mantenida entre el Presidente de CTH y Director de la División de Hormigón en la Zona Norte de CPV el 13 de junio de



2008, así como el incremento posterior en 2 € para septiembre y en 5 € para principios de 2009 (Trascripción de la grabación aportada por el denunciante, f. 160)

43. Este nuevo aumento de precios acordado también fue comentado en la conversación telefónica mantenida ese mismo día 13 de junio de 2008 entre el Presidente de CTH y el Director General de BERIAIN (Trascripción de la grabación realizada por el denunciante, E 174 y 175)

Estos acuerdos de fijación e incremento escalonado de los precios del hormigón se llevaron efectivamente a la práctica:

44. De correo electrónico interno de CPV de fecha 29 de agosto de 2008, en el que se hace referencia a Canteras Aláiz, perteneciente a CPV (f. 2478-2479), resulta que a finales de agosto ya se habían contratado obras a 50-55E/m³, frente a los 40- 42E/m³ de meses anteriores, y que otras obras se estaban ofertando precios a 73-75 €/m³ para realizar el suministro a 65- 68E/m³ tal como se había pactado por las empresas participantes en el cártel:

45. Este hecho (incremento de los precios a los que se ofertan obras) queda acreditado igualmente por lo tratado en una reunión celebrada entre el Presidente de CETYA, el Director General de BERIAIN y el Director General de CPV para España, cuya existencia resulta de las anotaciones del cuaderno de éste último, recabado durante la inspección de esta empresa, bajo el epígrafe de REUNIÓN CON JAL [Dir.General de BERIAIN] // [Presidente de CETYA], que a continuación se reproducen (folio 1512, versión censurada)

Asimismo en anotaciones posteriores del mismo cuaderno, bajo el epígrafe "Reunión Hormigón Pamplona 8/10/2008", aparecen, entre diversas anotaciones relacionadas con los acuerdos investigados en el presente expediente sancionador, referencias al objetivo del incremento de precios, en las que se prueba que en octubre de 2008 la intención de las empresas participantes en el cártel era continuar elevando los precios del hormigón (f. 1513)

Acuerdo de precios en el mercado de los morteros:

CPV, CETYA y BERIAIN acordaron también en el mes de junio de 2008 los precios de venta del mortero en sus distintas categorías, en función de los tipos de morteros de acuerdo con su resistencia según lo establecido por la norma UNE-EN 998-2, así como los incrementos de los mismos a llevar a cabo en septiembre y diciembre de 2008.

46. Este hecho se deduce de la transcripción de la conversación telefónica mantenida el 5 de junio de 2008 entre un directivo de CTH y el Director de la División de Hormigón para la zona Norte de CPV, en el que éste último traslada el contenido de dicho acuerdo de fijación de precios del mortero y su posterior incremento (folio 28)

47. De la transcripción de la grabación de la reunión de 6 de junio de 2008, se deduce que las empresas participantes hablaron de realizar y planificar un incremento lineal de 4€ sobre una tarifa que ya estaba establecida en ese momento de 30 € el M 5, 34 € el M 7,5 y 38 € el M 10, que pasarían a 34 € el M 5, 38 € el M 7,5 y 42 e el M 10, conforme a lo establecido en una tabla (f. 49)

48. Estos acuerdos de precios de los morteros fueron comentados por el Presidente de CTH y el Director de la División de Hormigón de la Zona Norte de CPV en la conversación telefónica que mantuvieron el 13 de junio de 2008, en la que CPV alude al acuerdo relativo al establecimiento del precio de los morteros (Trascripción de la grabación aportada por el denunciante, folio 161).

Acuerdo de reparto del mercado del hormigón, áridos y morteros

Conforme a la información obrante en el expediente, queda acreditado la existencia de un reparto de los mercados de los morteros y de los áridos entre CPV, BERIAIN, CETYA y VRESA y del mercado del hormigón entre las citadas empresas y CEMEX, en la Comunidad Foral de Navarra y territorios limítrofes, adjudicándose a cada una de estas empresas una o varias zonas de actividad, relacionadas con las zonas de influencia de las canteras o plantas de hormigón o mortero pertenecientes a dichas empresas.

Dentro de cada una de estas zonas, las empresas participantes con presencia en las mismas procedieron al reparto de las obras en función de porcentajes de actividad fijados para los mercados de hormigón, morteros y áridos.

57. En la documentación acreditativa de la reunión celebrada en las instalaciones de CPV el 6 de junio de 2008, y a la que asistieron directivos de CPV, CEMEX, BERIAIN, CETYA y CTH, así como un abogado externo, consta acreditado el acuerdo de reparto del mercado. En el transcurso de esta reunión se evidencia el objetivo del acuerdo, es decir, el reparto del mercado por zonas geográficas y que las empresas participantes que no tuvieran presencia importante en una determinada zona para un determinado producto, debían retirarse y no ofertar a ninguna obra en dicha zona. Así, a CETYA no se le asigna ninguna cuota en la zona de Lumbier



(Liédena) y a CTH se le ofrece cuota de hormigón en la zona de Pamplona, pero no de áridos, como queda acreditado en la transcripción de la agravación de la citada reunión aportada por el denunciante (f. 47)

58. Las empresas imputadas adoptaron acuerdos de reparto de mercado, al menos, para las zonas de PAMPLONA, TAFALLA, LIÉDENA (incluyendo en esta zona territorios pertenecientes a la provincia de Zaragoza), RIBERA ALTA, CORELLA y TUDELA, como se deduce de las anotaciones manuscritas realizadas en el cuaderno del el Director General para España de CPV (recabado en la inspección de CPV), en las que se evalúa la ejecución de reparto de las obras en las citadas zonas, tal como se reproduce textualmente a continuación (f. 342, T II)

59. No obstante, como excepción a este sistema de reparto, las empresas participantes determinan la existencia de 3 obras singulares (que finalmente serán 4), de gran importancia y contemporáneas a las reuniones anticompetitivas, en las que todas las empresas participantes en los acuerdos pueden participar si bien el adjudicatario final de las mismas, en el caso de que no se le hubiese asignado cuota de actividad en la zona a la que pertenecen las citadas obras singulares, debía compartir el suministro contratado con las empresas del cártel a las que sí se les ha asignado porcentaje de actividad en dicha zona (Transcripción de la grabación de la reunión celebrada el 6 de junio en las instalaciones de CPV aportada por el denunciante, f. 39 y 40)

60. En cuanto a la forma de compensar las obras singulares, inicialmente se contempló que cuando la obra a realizar no estuviera en el territorio del adjudicatario final, éste realizaría el [...]%, dejando el [...]% restante para las empresas que sí estuvieran en dicho territorio, como se constata en la conversación de 5 de junio de 2008 entre el Director de la División de Hormigón para la Zona Norte de CPV y un directivo de CTH (Transcripción de la grabación de la conversación telefónica mantenida el 5 de junio de 2008 entre el Dir. De la División de Hormigón para la Zona Norte de CPV y un directivo de CTH aportada por el denunciante, f. 27 y 28)

61. En relación con la negociación para el reparto de estas obras, las anotaciones del cuaderno del Director General para España de CPV acreditan que finalmente las obras singulares fueron 4, así como que finalmente los porcentajes de reparto de estas obras se fijaron en el [...]% para el adjudicatario y el [...]% para el resto de los competidores de las zonas donde estaban ubicadas estas obras singulares, en el caso de que el adjudicatario no tuviese porcentaje asignado en dichas zonas (Anotaciones del cuaderno del Dr. Gral. de CPV para España, recabado en la inspección de CPV, f 335, T II)

62. Estas cifras se mencionan en la reunión celebrada el 12 de junio en la sede de la filial de BERIAN Hormigones Arga SA (Transcripción de la grabación aportada por el denunciante, f. 111)

63. Estas cifras finales también aparecen en las anotaciones en el mismo cuaderno del Director General para España de CPV referentes a la posterior **"REUNIÓN HORMIGÓN PAMPLONA 8/10/08"**, en la que se hace referencia a estas obras singulares, que finalmente se adjudicaron a una de las empresas imputadas a la que no se le había asignado participación en las zonas de TAFALLA y LIÉDENA.

Este mismo documento acredita también que se establece un sistema de compensación a las empresas a las que se les ha asignado participación en las zonas en las qu suministro conjunto, estableciéndose en este caso que la adjudicataria tenía finalmente que compensar a VRESA y a CETYA, que sí tenían participación en dichas zonas (f. 343 T II y f. 1514 T VIII)

En cuanto a la **delimitación de las zonas objeto del acuerdo del reparto de mercado**, se realiza en función de un mapa que se menciona en las reuniones operativas del cártel.

64. En concreto, en la reunión de 6 de junio de 2008 se fijaron los límites de la zona de TUDELA, así como el reparto de zonas con respecto al mencionado mapa (Transcripción de la grabación aportada por el denunciante, folio 49)

65. El citado mapa databa del año 1996 o 1997 y hacía referencia a un posible acuerdo anterior de reparto de mercado entre algunas de las empresas imputadas, como se evidencia de la transcripción de la reunión celebrada el 12 de junio de 2008, en relación con la delimitación de la zona de PAMPLONA (Transcripción de la grabación aportada por el denunciante, f. 111, 118 y 119)

En relación con las zonas delimitadas por las empresas imputadas en cuanto al reparto del mercado, consta en la información obrante en el expediente numerosas referencias a dichas zonas, así como referencias a los límites de las mismas.

66. Así, por ejemplo, se encuentran referencias en el expediente en relación con los límites de la zona de LIÉDENA, que iría desde el puerto de Loíti hacia el este, incluyendo el municipio de Liédena, como queda acreditado en la reunión de 6 de junio de 2008 en la sede de CPV, a la que asistieron directivos de CPV, CEMEX, BERIAN, CETYA, CTH y un abogado externo (Transcripción de la grabación aportada por el denunciante, f. 69)



67 . Esta zona de LIÉDENA traspasaba, en parte, la zona geográfica correspondiente a la Comunidad Foral de Navarra, tal y como queda acreditado por el contenido de la conversación telefónica entre el Director de la División de Hormigón de la Zona Norte de CPV y el Presidente de CTH, en el que éste comunica los límites aproximados de esta zona de LIÉDENA en Venta Carrica, situada en la cola del pantano de Yesa, en la confluencia de la carretera N-240 con la A-137, en el municipio de Sigües, provincia de Zaragoza (Trascripción de la grabación de la conversación telefónica mantenida el 13 de junio de 2008 entre el Director de la División de Hormigón para la Zona Norte de CPV y el Presidente de CTH, aportada por el denunciante, f. 158)

68 . Respecto a la zona de TAFALLA también existen referencias en la reunión de 12 de junio de 2008, donde se señalan los límites de esta zona en referencia con la zona de PAMPLONA (Trascripción de la grabación aportada por el denunciante, f.116)

69 . Respecto de la zona de PAMPLONA, en esa misma reunión de 12 de junio de 2008 se establecieron los límites de esta zona, señalándose los municipios limítrofes: empezando por el nordeste y en sentido contrario a las agujas del reloj, el Puerto de Urkiaga, el túnel de 13elate, Larraintzar, Erice (en las cercanías de Iza), Asiain, Ciriza, Belascoain, Eneriz, un punto a la altura de Mendivil (en la N-121) al norte de Barasoain (El PCH contiene como Anexo IV un mapa de esta zona).

Estos límites se desprenden de la transcripción de la grabación aportada por el denunciante, folios 113, 114, 115, 120 y 121.

En relación al **mercado del mortero en la zona de PAMPLONA** también se establecieron inicialmente cuotas de mercado de [...l% para CTH, a través de su final HROPASA, el [...1% a CETYA, el [...l% a CPV y el [...l% a BERIAIN.

Por otra parte, para poder llevar a cabo el reparto tal como se ha explicado en los Hechos Probados anteriores, era necesaria la puesta en común de las obras que demandaban suministro en ese momento y que podían ser repartidas, tanto las que ya habían sido ofertadas, a precio inferior al fijado por el acuerdo, como las nuevas obras.

Esta puesta en común se produjo en algunas de las reuniones acreditadas en este expediente, como la celebrada el 12 de junio de 2008 (f. 137-154; Trascripción de la grabación aportada por el denunciante), y en momentos posteriores, como se acredita por las evidencias encontradas durante las inspecciones realizadas por la CNC, por ejemplo, los listados de obras adjudicadas por las empresas participantes en los acuerdos, en los que aparecen como fecha de puesta en común el 22 de agosto de 2008 (f. 519 y 520, T III).

83 . Así, en la reunión mencionada de 12 de junio de 2008 celebrada en la sede de Hormigones Arga, las empresas participantes en el acuerdo declararon cada una de las obras de las que tenían conocimiento y de aquéllas a las que ya habían realizado. Para tomar nota de ello y realizar posteriormente el reparto, tanto con el sistema para el año 2008 como el que se iba a aplicar a partir de enero de 2009, el Director General de BERIAIN llevó a la reunión las denominadas "*hojas de adjudicación*" cuyo formato se explicó en la propia reunión (Trascripción de la grabación aportada por el denunciante, f. 96 y 97)

84 . Esta descripción de "*hojas de adjudicación*" durante la reunión de 12 de junio de 2008 (a la que asistieron BERIAIN, CPV, CETYA, CTH y un abogado) coincide, punto por punto, con los documentos recabados en la inspección realizada en la sede de BERIAIN, con un total de 71 obras objeto de reparto por el cártel, reproduciéndose a continuación una de estas hojas de adjudicación, en la que aparece indicada como única fecha la de la citada reunión en la columna "*FECHA*" (f. 590 T III. Documentos recabados en la inspección de BERIAIN, donde se localizaron la parte inicial de dichas hojas (nº 1 al 27, f. 590 y 591) y la parte final con las obras numeradas del nº 55 al 71, f. 558 a 562):

85 . Los datos que aparecen en el citado documento coinciden con la transcripción de la grabación de la reunión de 12 de junio de 2008, incluyendo lo relativo al número de obra, la fecha de presentación, el cliente, la obra concreta, los metros cúbicos, etc., en relación con las primeras trece obras, del total de 71 que se pusieron en común (Trascripción de la grabación aportada por el denunciante, f 136 a 154).

Por citar sólo la primera y la segunda de las obras repartidas (f. 137, 138 y 139)

86 . En estas hojas de adjudicación, en principio, únicamente se había previsto la puesta en común de los m3 de hormigón, no obstante queda acreditado que en la reunión de 12 de junio de 2008 ya mencionada también se ponen en común la demanda de las obras respecto a otros productos como los áridos, tal y como se describe en el siguiente fragmento de la citada reunión (Trascripción de la grabación aportada por el denunciante, f. 142):

87 . Asimismo en la inspección de la sede de la empresa BERIAIN (f. 517-529, T III) fueron encontradas varias tablas con un formato modificado respecto a la tabla anterior, que contenían listados de obras que también incluyen datos sobre el cliente (responsable de la obra), m 3, apareciendo en esta tabla celdas destinadas a



anotaciones relativas al adjudicatario final de la obra, así como columnas destinadas a apuntar los m³ de la obra al adjudicatario en su respectiva columna distinguiendo en las mismas a "ALÁIZ" (CPV), "VRESA", "CETYA" y "HB" (H.BERIAIN):

88. Se aprecia que en estas tablas se distinguen otras columnas entre las que se encuentran las destinadas para las obras nuevas, bajo la denominación de "nueva", en cuyo caso no tienen aún empresa adjudicataria, así como columnas nombradas como "VIEJA-A", "VIEJA-HB", "VIEJA-CETYA" y "HP".

La utilidad de estas últimas columnas radica en controlar las obras que habían sido llevadas a la mesa de adjudicación por las empresas participantes en el cártel, pero que habían sido ya ofertadas o adjudicadas con anterioridad al acuerdo del reparto de mercado (las denominadas OBRAS VIEJAS), así como poder controlar cuáles de las obras repartidas eran al final conseguidas por la filial de CTH -Hormigones Pamplona SA-, no participante en los acuerdos imputados, controlando así a todos los operadores en dicho mercado, participasen o no en los mismos.

89. Estas tablas de cálculo permiten el control de las cantidades adjudicadas a cada empresa participantes en los acuerdos. Así, sobre las columnas respectivas de las empresas ALÁIZ (CPV), VRESA, CETYA y HB (H.BERIAIN) aparecen los totales de los m³ adjudicados a cada una de estas empresas, lo que permite calcular el total de m³ repartido entre las empresas participantes en los acuerdos y el porcentaje respecto a este total, que va siendo asignado a cada empresa participante con cada nueva obra, tal y como se indica en la tabla.

90. También la tabla está diseñada para controlar el total de los metros cúbicos demandados por la totalidad de las obras del mercado, sumando al "total adjudicado" los metros cúbicos del competidor que no formaba parte del acuerdo, es decir, de Hormigones Pamplona SA (filial de CTH) y sobre este total aparece calculado los porcentajes o las cuotas reales de mercado.

91. Las tablas igualmente acreditan que CEMEX participó en este acuerdo de reparto de mercado, como demuestran algunas de las versiones de la tabla anteriormente citada, en las que aparecen señaladas las obras repartidas entre CPV ("ALÁIZ"), CEMEX, CETYA y BERIAIN.

Las obras que son adjudicadas en esta tabla a CEMEX aparecen en tablas posteriores como adjudicadas a VRESA, lo que confirma lo acreditado anteriormente respecto al cupo transferido de CEMEX a VRESA (p. ej., f. 565, T III. Documento recabado en la inspección de BERIAIN):

92. Las citadas 71 primeras obras aparecen fechadas en la tabla a 12 de junio de 2008, día de la reunión del cártel (f. 570-519, T III). Respecto de las 21 obras siguientes, de acuerdo con la información recabada en las inspecciones realizadas por la CNC, aparecen fechadas el 22 de agosto de 2008 (de la 72 a la 92; f. 519-520, T III), lo que acredita la existencia de posteriores contactos entre las empresas participantes en los acuerdos para repartir las obras, sin que conste fecha de referencia en el resto de las obras listadas en las tablas recabadas en las citadas inspecciones, hasta un total de 308 obras (f. 520-527, T III).

Respecto al segundo sistema de adjudicación de obras por las empresas participantes en los acuerdos, éste se estableció para controlar las adjudicaciones de las obras nuevas a partir de enero de 2009, y consistía en ir sumando las producciones acumuladas de los productos de las empresas del cártel e ir adjudicando conforme se iban completando los cupos de producción acumulada de cada una de las empresas del cártel, de acuerdo con los cupos previamente acordados

93. Así resulta de la transcripción de la grabación de la reunión celebrada el 6 de junio en la sede de CPV (f. 39) Se han encontrado evidencias del control realizado en los meses de abril mayo, junio y julio de 2009, tanto en árido como en hormigón.

94. Así para el mercado de los áridos en PAMPLONA, constan en el expediente tablas localizadas en la inspección realizada en la sede de BERIAIN (f. 496 y 500, T III), con las columnas correspondientes a las empresas "ALÁIZ" (CPV), "CETYA" y "UNCONA" (filial de BERIAIN), presentes para dicho producto en esta zona de reparto, con los datos referidos a lo producido por cada una de estas empresas en los meses de abril a diciembre, si bien sólo se han encontrado documentos con datos introducidos en las filas correspondientes a los meses de abril a julio de 2009, ambos incluidos.

En las tablas aparecen calculadas las sumas de lo realizado por cada una de estas empresas del cártel, así como el total realizado por las tres empresas por meses.

Bajo tres cabeceras de columna denominadas "[...]" -que coinciden con los cupos acordados de reparto de áridos para estas 3 empresas; véase supra HP 50, 78 a 80-, aparece calculado el porcentaje realizado por cada una de estas empresas respecto del total mensual.



De esta manera es fácil calcular lo realizado de más o de menos por cada una de estas empresas participantes en los acuerdos respecto el cupo establecido, lo que a su vez, permite realizar correcciones mediante las adjudicaciones siguientes de obras a repartir.

95. La utilización de este sistema queda acreditado por las anotaciones manuscritas en el documento recabado en la inspección de BERIAIN (f. 496, T III), en el que la Dirección de Investigación considera acreditado que las cifras anotadas (como se señala por el órgano de instrucción en las aclaraciones que se han incorporado al cuadro que sigue), se corresponden a:

1. Las cantidades realizadas por estas tres empresas en junio de 2009 -de acuerdo también con otras anotaciones recabadas en la citada inspección y que se contienen en el folio 500-;
2. Los totales de las citadas tres empresas, sumando las cantidades de junio de 2009 y teniendo en cuenta las correcciones manuscritas de las cantidades de abril y mayo de 2009 respecto de UNCONA SA (filial de BERIAIN);
3. La suma de los totales de estas tres empresas, incluyendo las cantidades de junio;
4. Las cifras obtenidas de restar el [...] % del total incluyendo junio a los totales ya señalados para estas tres empresas; es decir, cuándo han producido de más o de menos estas empresas con respecto al citado [...] % asignado para cada una de ellas respecto de áridos en la zona de PAMPLONA, y que también aparece reflejado en el cuadro que sigue:

96. En este documento aparece calculado el total de lo realizado por las tres empresas mencionadas (véase *supra* HP 85) durante los meses de abril, mayo y junio de 2009 (aclaración 2), que suman la cantidad de 1.227.678 (aclaración 3), así como el cálculo de lo realizado por cada una de estas empresas, restándole el [...] % de la cantidad antes mencionada (aclaración 4), de tal manera que queda calculado lo realizado de más o de menos por estas tres empresas durante los citados meses. **97.** Así la nota "+102" correspondería a lo hecho de más por BERIAIN (a través de su filial CANTERAS UNCONA SA), si restamos al total manuscrito de lo realizado por esta empresa (empresa "tres", que correspondería a BERIAIN) un tercio de 1.227.678, lo que nos daría 102.622.

98. De igual forma, si se realiza la misma operación para la empresa "uno" (ALÁIZ, correspondiente a la filial de CPV) y "dos" (CETYA), daría respectivamente - 19.129 y - 83.493, lo que respalda lo acreditado respecto al método de control (aclaración 4).

99. Por todo ello, queda acreditado que CPV (a través de Canteras de Aláiz), CETYA y H.BERIAIN (a través de CANTERAS UNCONA, S.A.) ejecutaron el acuerdo en la zona de PAMPLONA, en lo referente a los áridos.

100. Asimismo, también ha quedado probado por las hojas de control recabadas en la inspección realizada en la empresa BERIAIN, que este acuerdo estaba aún en vigor, al menos, en julio de 2009.

101 . Constan en el expediente tablas localizadas en la inspección realizada en la sede de BERIAIN (folios 498 y 499), de igual formato que las anteriores, para el control del mercado del hormigón, en las que aparecen en las cabeceras, de acuerdo con el folio 516, "ALÁIZ" (filial de CPV), "CETYA", "HB" (H.BERIAIN) y "VRESA", con las cuotas establecidas para estas empresas respecto de dicho producto en la zona de PAMPLONA.

De igual forma que se realizaba el control del porcentaje realizado por cada una de las empresas participantes en el acuerdo respecto de los áridos, la tabla contenida en los citados folios 498 y 499 (T III) calcula los totales de lo realizado por las empresas durante los meses de abril, mayo, junio y, en el caso del folio 499, de julio de 2009 en el mercado del hormigón.

Por todo ello ha quedado acreditado que las empresas CPV (a través de su filial, Canteras de Aláiz SA) CETYA, BERIAIN y CEMEX se repartieron el mercado del hormigón.

También ha quedado acreditado que el cupo correspondiente a las obras de CEMEX fue asignado a VRESA, una vez esta empresa adquirió el control de 4 plantas de hormigón de CEMEX, participando a partir de septiembre de 2008 en el acuerdo de reparto de mercado respecto del hormigón.

Asimismo, también ha quedado acreditado por las hojas de control recabadas en la inspección realizada en la empresa BERIAIN que este acuerdo de reparto de mercado se estuvo ejecutando, al menos, hasta julio de 2009.

- NEGATIVAS DE SUMINISTRO A CTH

La empresa CTH, en los escritos presentados el 24 de septiembre y 8 de octubre de 2009 ante la Dirección de Investigación, aporta documentación relativa a la existencia de posibles represalias por parte de algunas de las empresas participantes en los acuerdos imputados, consistentes en la negativa de suministro de áridos a la denunciante.



Como ya se ha indicado *supra*, debido al coste del transporte de los áridos, las empresas suministradoras de hormigón suelen aprovisionarse de estas materias primas a partir de canteras cercanas, aun cuando estas pertenezcan a la competencia. Así, Hormigones Pamplona (filial de CTH) no posee canteras en los alrededores de una de sus plantas, proveyéndose de áridos de canteras cercanas, todas ellas pertenecientes a empresas participantes en los acuerdos o a filiales de las mismas. Hormigones Pamplona consumía de manera tradicional áridos de Canteras de Aláiz SA (filial de CPV), pues sus canteras están cerca de las instalaciones de Hormigones Pamplona.

102. El denunciante afirma que Canteras de Aláiz le ha negado el suministro de áridos, y aporta una declaración firmada de un transportista dependiente de la filial de CTH (Hormigones Pamplona), que afirma que no pudo realizar el suministro a esta empresa desde las canteras pertenecientes a Canteras de Aláiz SA, con fecha 10 de septiembre de 2009, al estar vedado el suministro para CTH a partir de ese momento (f. 561, T III).

En contestación al requerimiento de información realizado por el órgano instructor, CPV ha afirmado que el suministro a Hormigones Pamplona cesó en septiembre de 2009. En sus alegaciones a la Propuesta de Resolución, CPV aporta documentación acreditativa de que su filial ofertó a Hormigones Pamplona el 1 de septiembre de 2009 arena a un precio inferior al que le vendía en julio de 2006, y al mismo precio al cual Canteras de Liskar (con cantera en Liédena y participada por CTH) le vendía a Hormigones La Jacetania (participada por CPV) para una obra en Jaca (f. 6587 a 6590, T V conf.).

Asimismo el denunciante afirma que el 1 de septiembre de 2009 solicitó precios para el suministro de áridos a la empresa filial de la empresa BERIAIN (Canteras UNCONA SA), de los que habitualmente no recibía suministro con anterioridad y que posee canteras cercanas a la central de producción de la filial de CTH. CTH aporta copia de dicha solicitud, afirmando no haber recibido respuesta por parte de la filial de BERIAIN a su solicitud de suministro de áridos (f. 820, T IV).

En contestación al requerimiento de información realizado por la Dirección de Investigación, BERIAIN afirma no haber suministrado áridos a CTH ni a su filial, Hormigones Pamplona durante los años 2007, 2008 y 2009 (f 2320, T XII).

3. La Resolución de la CNC señala que la documentación obrante en el expediente (transcripción de las grabaciones efectuadas por el denunciante, las tablas de adjudicación y control recabadas en las inspecciones de BERIAN las anotaciones del cuaderno del Director General para España de CPV la documentación aportada por CETYA, CPV al requerimiento de información realizado por la Dirección de Investigación en la que se solicitaron precios ofertados a una serie de obras contemporáneas a los acuerdos) acredita que las empresas aquí imputadas mantuvieron contactos, negociaron y llegaron a un acuerdo global en el suministro de hormigón, mortero y áridos en la Comunidad Foral de Navarra y zonas limítrofes, consistente en un acuerdo para la fijación del precio del hormigón, mortero y áridos y un reparto de mercados de esos tres productos en la Comunidad Foral de Navarra y zonas limítrofes, dividiendo este territorio en áreas, entre las empresas CPV, CETYA, H. BERIAIN, CEMEX y VRESA

Frente a una situación en 2008 de descenso de los precios de los áridos, el mortero y el hormigón, las empresas imputadas optaron por concertarse mediante la puesta en marcha de una estrategia común para fijar el precio de estos materiales y el reparto del mercado en función de cuotas (reparto de obras). Esta concertación se materializó a través de reuniones y llamadas telefónicas que fueron grabadas por el denunciante CTH que adjunto como anexo a la denuncia la transcripción de seis grabaciones de audio. El origen de la infracción imputada se sitúa en la reunión celebrada el 2 de junio de 2008 a la que asisten el Director General para España de CPV y el Presidente de CETYA, en el hotel Tres Reyes de Pamplona y en la celebrada el día siguiente, a la que se incorpora el Director General y Gerente de BERIAIN. Durante estas reuniones, las citadas empresas adoptan los principales términos de los acuerdos objeto de investigación en este expediente, tales como la fijación de los precios del hormigón, el árido y el mortero y el reparto del mercado en zonas en función de las "cuotas" asignadas a cada empresa participante. Tanto los acuerdos de fijación de precios como el reparto de mercados se ejecutaron desde el inicio del cártel y estaban al menos en vigor cuando se realizaron las inspecciones por la CNC, de acuerdo con la documentación recabada en dichas inspecciones el 22 de septiembre de 2009. (folio 113)

En consecuencia se acuerda imponer una sanción del 15% del volumen de ventas afectado por la infracción, definido en la comunicación de multas como la suma ponderada de las ventas obtenidas por el infractor en los mercados afectados durante el tiempo de duración de la infracción, que en el caso de la hoy actora ascienda a 2.508.758 euros.

4. La hoy actora alega los siguientes motivos de recurso:



- Vulneración del derecho de defensa: vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías derivadas de la utilización de una prueba de cargo inadmisibles por no cumplir dicha prueba el requisito de autenticidad exigible.
- Vulneración del derecho de defensa: vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías derivadas del derecho a la intimidad de D. Maximiliano en la obtención de la principal prueba de cargo utilizada.
- Vulneración del derecho de defensa: vulneración del derecho de acceso al expediente y de formulación de acciones oportunas, vulneración del derecho a ser oída y vulneración del derecho a la utilización de la prueba.
- Vulneración del derecho de presunción de inocencia:

Insuficiencia probatoria de los documentos obrantes en el expediente e ignorancia de la prueba obrante en el mismo indicativa, a juicio de la actora, de la existencia de competencia efectiva.

- Infracción del artículo 64 LDC y del Principio de Proporcionalidad por la incorrecta valoración de los criterios para la determinación de la multa: errónea determinación del ámbito geográfico de los mercados afectados, errónea consideración de una cifra de volumen de negocios excesiva para el cálculo del importe de la multa y errónea apreciación de los efectos de las conductas imputadas en los mercados afectados.

5. La Sala ha considerado acreditada la participación de cada uno de los intervinientes en el cártel examinado con ocasión del examen conjunto llevado a cabo del mismo en la deliberación de los recursos nº 91 y 110/2012 conjuntamente con el presente, considerando acreditada la existencia de acuerdos para la fijación de precios del suministro de hormigón, mortero y áridos y el reparto de mercado, así como la celebración de reuniones para la adopción de tales acuerdos, diferenciando entre las reuniones de alto nivel, como reuniones posteriores bilaterales y multilaterales y reuniones operativas, tales como anotaciones manuscritas realizadas en un cuaderno, o anotaciones en las agendas en formato electrónico, citas anotadas en el calendario de Outlook, tablas de control de reparto de cuotas, entre otros datos que figuran en el expediente administrativo, adquiriendo particular relevancia las grabaciones de audio, seis en total, que se acompañaron junto con la denuncia presentada ante la CNC, de conversaciones telefónicas y de reuniones en las que participan las empresas denunciante y denunciadas.

Así en nuestra Sentencia de 30 de noviembre último dictada en el rec. nº 110/2012 hemos declarado:

"QUINTO: *Se ha dado valor a una prueba nula, que no reúne las necesarias garantías de fiabilidad y exactitud como son las transcripciones de unas supuestas conversaciones aportadas por el denunciante y un soporte informático de las mismas de dudosa autenticidad.*

Consta en el expediente que la Dirección de Investigación se limitó a comprobar que las transcripciones aportadas por el denunciante coincidían con el contenido de las grabaciones sonoras por él también aportadas al expediente. La comprobación de la veracidad de las grabaciones no puede consistir en la certificación del instructor de que las transcripciones incorporadas al expediente se corresponden fielmente con el contenido de las grabaciones sino que es necesario acreditar su autenticidad y veracidad. Varias de las empresas imputadas solicitaron por ello la práctica de una prueba pericial por perito designado por los mismos. A la vista de esas solicitudes, el Consejo denegó la práctica de la prueba en los términos solicitados por los denunciantes pero acordó de oficio la práctica de una prueba pericial y se la encomendó a un perito imparcial la Policía Científica, teniendo acceso al informe todos los imputados y habiendo podido formular las alegaciones que a su derecho conviniera. No se aprecia por ello que se les haya causado indefensión.

El informe pericial de autenticación de grabaciones digitales realizado por la sección de Acústica Forense de la Comisaría General de la Policía Científica de 2 de noviembre de 2011 (folios 7.992 a 8.029 del expediente administrativo) en las consideraciones previas señala que

"En la mayoría de los casos, para llevar a cabo un análisis de autenticación exhaustivo, será necesario disponer, tanto de la grabación original, como del conjunto de elementos de registro utilizados en el acto de grabación (micrófonos, equipos grabadores, etc). La ausencia de alguno de estos elementos o soportes podrá incidir en la formulación de las conclusiones del estudio resultando, en cualquier caso, imposible determinar la existencia o no de las distintas alteraciones que pudieran ser detectadas. y añade al final

"es necesario resaltar, además que con las actuales técnicas de edición de audio es factible realizar, por técnicos especialistas, alteraciones de difícil o imposible detección en grabaciones sonoras digitales; por lo que los análisis que se realicen sobre estos soportes, como es el caso que nos ocupa, han de tener en cuenta este extremo".

A continuación se procede a realizar un estudio del contenido de los 4 soportes digitales que le han sido facilitados por la CNC



-En relación al dispositivo grabador (evidencia nº 1) se indica que "la data de grabación se reinicializa cada vez que se instalan baterías nuevas y siempre a criterio del operador de la grabación, por lo cual no puede ser considerado un dato significativo a la hora de inferir conclusiones en la realización del presente informe". Asimismo se indica que no contiene información alguna. Se procede a realizar con dicho dispositivo 6 grabaciones Test conjugando los distintos parámetros de registro (modo de grabación HQ, SP y LD) y sensibilidad del micrófono (normal, lectura). A continuación se realizan una representación oscilográfica, sonográfica y espectrográfica FFT y LTA de cada una de esas 6 grabaciones y se señala que de la representación oscilográfica resulta que el equipo no introduce marcas de carácter identificativo asociadas al proceso de grabación (arranque/parada, tonos, fade in/out) 2) se observa un desfase DC-OUT en todas las grabaciones efectuadas sobre la parte inferior de su eje central o eje cero de la onda oscilográfica.

-En relación al CD-R con 7 ficheros digitales (evidencia nº 2) , se realiza sobre cada uno de ellos las mismas pruebas que se han realizado con el dispositivo grabador es decir una representación oscilográfica, sonográfica y espectrográfica y se señala que las representaciones oscilograficas de las grabaciones muestra que no introduce marcas de carácter identificativo asociadas al proceso de grabación (arranque/parada, tonos, fade in/out) y se observa se observa un desfase DC-OUT en todas las grabaciones efectuadas sobre la parte inferior de su eje central. o eje cero de la onda oscilográfica.

-En relación a los dos PEN DRIVES (evidencia nº 3 y 4) con las inscripciones manuscritas folio 673 y folio 821 se indica que el contenido de todos los ficheros que contiene coincide con el de igual nombre registrados el CD-R. A dicha conclusión llega tras la realización de una serie de pruebas: escucha crítica mediante la realización de una grabación en formato estéreo en el que en el canal de la derecha se ubica la grabación del CD y en el canal izquierdo la grabación del Pen Drive y una representación oscilográfica, sonografica y de espectros FFT y LTA. De dichas pruebas se concluye la existencia entre los ficheros del CD-R y de los Pen Drive una identidad semántica, una distribución de energía idénticas una envolvente espectral de gran similitud. (salvo una de las 7 grabaciones "DW-A0011.wav").

Tras el examen de los soportes digitales, las conclusiones del informe son las siguientes:

PRIMERO: En referencia al requerimiento de determinar si las grabaciones incluidas en los soportes reseñados como evidencia nº 2 ,e videncia nº 3 y evidencia nº 4 han sido objeto de manipulación o alteración por alguna forma, el estudio se ha centrado en verificar si las grabaciones no contienen cortes o interrupciones tanto en el plano semántico como en el resto de circunstancias electroacústicas de registro (interrupciones, ausencias de energía, cambios bruscos de la señal en el dominio del tiempo en relación a la amplitud y a la frecuencia) . Según esto se puede concluir que No se observan indicios asociados a una alteración posterior al proceso de grabación de los archivos audio registrados en los soportes evidencia nº 2, 3 y 4.

SEGUNDO: Las grabaciones sonoras correspondientes a los ficheros digitales de igual nombre contenidas en el soporte evidencia nº 2 son idénticas a las contenidas en el soporte nº 3 y 4.

TERCERO: En cuanto a determinar la autenticidad e integridad de los siete registros de audio y su correspondencia con los originales y en particular si los archivos registrados en los soportes PEN DRIVE se corresponden con los originales contenidos en la grabadora se informa que en el dispositivo grabador aportado no se encuentra registro alguno de ningún tipo

CUARTO: En cuanto a determinar si las grabaciones originales se tomaron empleando el grabador/ reproductor de audio digital marca Olympus (evidencia nº 1) se determina que " las características observadas mediante los distintos análisis efectuados en los archivos digitales de audio contenidos en los soportes remitidos son compatibles con las grabaciones Test efectuadas, excepto la registrada con el nombre DW A0011 wav"

QUINTO: La grabación de nombre DW A0011.way no se corresponde en cuanto a características técnicas con la grabación aportada no pudiendo especificar su origen. Esta grabación no es original habiendo sufrido uno o varios procesos de edición.

El valor probatorio de esta prueba teniendo en cuenta que no se encuentra en el dispositivo grabador registro alguno de ningún tipo, es limitado por cuanto no ha podido certificar la policía científica que los archivos registrados en los soportes PEN DRIVE (o en el CD que coinciden) se corresponden con los originales contenidos en la grabadora. Ahora bien ello no significa que esos documentos no tengan ningún valor probatorio ya que dicho informe concluye que no se observa en ninguno de esos archivos indicios asociados a una alteración posterior al proceso de grabación es decir no contienen cortes o interrupciones tanto en el plano semántico como en el resto de circunstancias electroacústicas de registro (interrupciones, ausencias de energía, cambios bruscos de la señal en el dominio del tiempo en relación a la amplitud y a la frecuencia) pudiendo haber sido realizadas con la grabadora Olympus. Ahora bien incluso esa afirmación debe realizarse con reservas ya que como advierte ese informe en sus consideraciones preliminares "las actuales técnicas de edición de audio es factible realizar, por



técnicos especialistas, alteraciones de difícil o imposible detección en grabaciones sonoras digitales". Por otra parte como señalan las partes las grabaciones fueron presentadas ante la CNC el 26 de agosto de 2009, es decir casi un año después de que fueran realizadas.

Partiendo de este planteamiento, si la única prueba aportada para acreditar la existencia del cartel fueran estas audiciones, debería considerarse la misma insuficiente, pero hay que tener en cuenta que la Dirección de Investigación tras recibir la denuncia en la que se transcribían dichas grabaciones acordó realizar una información reservada ordenando en el curso de la misma la realización de registros simultáneos en las sedes de Canteras de Alaiz de Pamplona, y en la sede de CPV de Madrid, así como en las sedes de Cetya, Homigones Beriaín, Cemex y Holcim España e incautó documentación de la que se constata la coincidencia de datos manuscritos con los datos contenidos en las grabaciones, lo que permite acreditar su autenticidad: en concreto las tablas de adjudicación y control recabadas en las inspecciones de BERIAN a las que se hace referencia en varios apartados de los hechos probados de la resolución recurrida y la documentación recabada en CPV en concreto las anotaciones del cuaderno del Director General para España de CPV. Se hace referencia a continuación a estas coincidencias:

1) Para poder llevar a cabo el reparto del mercados de los morteros y de los áridos entre CPV, BERIAIN, CETYA y VRESA y del mercado del hormigón entre las citadas empresas y CEMEX, en la Comunidad Foral de Navarra y territorios limítrofes era necesaria la puesta en común de las obras que demandaban suministro en ese momento y que podían ser repartidas. Esta puesta en común se produjo en algunas de las reuniones acreditadas en este expediente, como la celebrada el 12 de junio de 2008. Tal como resulta de dicha transcripción las empresas participantes en el acuerdo declararon cada una de las obras de las que tenían conocimiento para tomar nota de ello y realizar posteriormente el reparto. El Director General de BERIAIN llevó a la reunión las denominadas "hojas de adjudicación" cuyo formato se explicó en la propia reunión (se recoge en el punto 83 de los hechos probados). Pues bien esa descripción de "hojas de adjudicación" durante la reunión de 12 de junio de 2008 (a la que asistieron BERIAIN, CPV, CETYA, CTH y un abogado) coincide, punto por punto, con los documentos recabados en la inspección realizada en la sede de BERIAIN, con un total de 71 obras objeto de reparto por el cártel, reproduciéndose en la resolución recurrida una de estas hojas de adjudicación. (apartado 84 y 85).

2) En relación con la negociación para el reparto de las obras singulares, las anotaciones del cuaderno del Director General para España de CPV acreditan que finalmente las obras singulares fueron 4, así como que finalmente los porcentajes de reparto de estas obras se fijaron en el 40% para el adjudicatario y el 60 % para el resto de los competidores de las zonas donde estaban ubicadas estas obras singulares, en el caso de que el adjudicatario no tuviese porcentaje asignado en dichas zonas. 62. Estas cifras se mencionan en la reunión celebrada el 12 de junio en la sede de la filial de BERIAN Hormigones Arga SA (transcripción de la grabación aportada por el denunciante) .(HP 61 y 62)

3) En relación a la fijación de incrementos de precios del hormigón, el acuerdo entre CPV CEMEX CETYA y BERIAIN consistió en fijar los precios del hormigón de manera que éstos se incrementaran de manera escalonada tal como resulta de las transcripciones que se recogen en los hechos probados. Ese hecho no solo consta acreditado por las grabaciones que se transcriben en los hechos probados 39 a 43 sino en pruebas documentales a los que se hace referencia en los hechos probados 44 y 45: a) correo electrónico interno de CPV de fecha 29 de agosto de 2008, en el que se hace referencia a Canteras Aláiz, perteneciente a CPV del que resulta que a finales de agosto ya se habían contratado obras a 50-55€/m³, frente a los 40- 42€/m³ de meses anteriores, y que otras obras se estaban ofertando precios a 73-75 €/m³ para realizar el suministro a 65- 68€/m³ tal como se había pactado por las empresas participantes en el cártel (hecho probado 44). b) anotaciones del cuaderno del Director General de CPV bajo el epígrafe de REUNIÓN CON JAL [Dir.General de BERIAIN] // [Presidente de CETYA], y anotaciones posteriores del mismo cuaderno, bajo el epígrafe "Reunión Hormigón Pamplona 8/10/2008", aparecen, entre diversas anotaciones referencias al objetivo del incremento de precios.

4) En relación al incremento de los precios de los áridos, se transcriben las conversaciones y reuniones en los que se hace referencia a esos incrementos de precios (HP 49 a 52) y se aporta la documentación aportada por CETYA, CPV al requerimiento de información realizado por la Dirección de Investigación en la que se solicitaron precios ofertados a una serie de obras contemporáneas a los acuerdos que confirma que los precios ofertados en relación con los áridos coinciden con lo acordado en las reuniones mantenidas por las empresas imputadas (HP 53 y 54).

5) En relación con el mercado de los áridos en la zona de Pamplona queda acreditado que tres de las empresas participantes en el cártel se repartieron el suministro de los áridos en partes iguales tal como consta en la conversación telefónica de 5 de junio de 2008 entre un Directivo de CTH y el Director de División de Hormigón para la Zona Norte de CPV y en la reunión celebrada el 6 de junio de 2008 en la sede de CPV grabadas por el denunciante (HP 78 y 79) . Estas cuotas establecidas en el mercado de los áridos en PAMPLONA, (33 % para



CPV, BERIAIN y CETYA) coinciden con las que se reflejan en las tablas recabadas en la inspección de BERIAIN, como "ALÁIZ", "CETYA" y "UNCONA" (filial de BERIAIN), (HP 80)

6) En relación con el reparto de mercado para el hormigón en la zona de Pamplona no coinciden las cifras que constan en la transcripción de la grabaciones aportadas por el denunciante (HP 74 y 75) con las que constan en las tablas de control de acuerdo de reparto de mercado recabadas en la Inspección de Beriaín (HP 77) pero la resolución de la CNC explica la razón de la falta de coincidencia (CTH decide no participar en los acuerdos y la venta de 4 plantas de hormigón de CEMEX a VRESA).

En cuanto a las fechas de los archivos de audio que se indican en los Pen Drive, el 15 de diciembre de 2011 el Consejero Ponente solicitó a la Sección de acústica forense se verificara la fecha de los ficheros digitales contenidos en los pen drive haciendo referencia a que "en la página 29 del informe pericial de autenticación de grabaciones digitales realizado por la Sección de Acústica Forense de la D.G. de la Policía se señala que los ficheros digitales contenidos en los 2 pen drive aportados por el denunciante al expediente sancionador tienen como fecha el 31 de mayo de 2010 que es la misma fecha que figura en la pagina 16 para los ficheros digitales contenidos en el CD-R aportado al expediente el 15 de junio de 2011. Los citados pen drive fueron aportados por el denunciante en agosto y octubre de 2009 al expediente y de su examen resulta a simple vista que la fecha de grabación de los ficheros digitales que contienen es otra distinta a la arriba indicada, y en todo caso anterior a la fecha de entrega de los soportes al expediente". (tomo VI del Consejo, folio 8221)

El 20 de diciembre de 2011 se remitió por la Sección de Acústica informe de "aclaración sobre rectificación de fechas" (tomo VI del Consejo folios 8226 a 8.231) en el que señalaba que en la solicitud inicial no se solicitó la comprobación de las datas de grabación por lo cual no se extrajeron las fechas de registro de las grabaciones aportadas, procediendo a remitir copia de los metadatos relativos a las fechas de registro obtenidos de los archivos contenidos en los pen drive, indicando respecto a cada archivo la hora y el día siendo la fecha de grabación de los 6 archivos que se consideran relevantes de junio de 2008.

Las partes pudieron realizar las alegaciones que consideraron oportunas, por lo que no se aprecia se haya causado indefensión

No se aprecia se haya vulnerado el derecho a la intimidad por cuanto el contenido de la conversación no afecta a la intimidad personal, familiar o relaciones interpersonales de las personas que asistieron a las reuniones o participaron en las conversaciones telefónicas, la grabación se efectuó por una de las personas que intervenía en ellas y existía un interés público como era la obtención de pruebas que acreditaran la existencia de un cartel de fijación de precios y reparto de mercado. Por otra parte esas grabaciones no fueron difundidas en medios de comunicación, sino que fueron entregadas al órgano administrativo competente para investigar y sancionar dichas conductas y por tanto solo han sido conocidas por las empresas imputadas cuyos directivos intervinieron en ellas. El supuesto que cita la recurrente STC 12/2012 es distinto al aquí analizado se trataba de un caso de un reportaje periodístico con cámara oculta difundido en la televisión para desacreditar el trabajo profesional de una determinada persona."

Por lo que hace a la intervención de la hoy actora en el cártel, señala la Resolución impugnada lo siguiente (fundamento jurídico "Séptimo" de la Resolución) cuando individualiza la responsabilidad de cada empresa en la infracción del cártel acreditada:

"En cuanto a BERIAIN, el Consejo considera acreditado que el Director General para España de BERIAIN participó en una de las reuniones iniciales del cártel, en concreto, la celebrada en el Hotel Tres Reyes de Pamplona el día 3 de junio de 2008, acordando con las demás empresas del cártel los términos generales de los acuerdos del cártel en cuanto a la fijación de los precios del hormigón, los morteros y los áridos, así como el reparto de mercado entre las empresas del cártel en la Comunidad Foral de Navarra y territorios limítrofes. Asimismo ha quedado acreditado que BERIAIN participó en las reuniones operativas del cártel celebradas posteriormente con las demás empresas del cártel, en las que se concretaron determinados aspectos de los acuerdos adoptados, fijando cuotas de reparto, y se realizó un seguimiento de los acuerdos del cártel. En conclusión, BERIAIN es responsable desde el 3 de junio de 2008 de haber participado en los acuerdos de fijación de precios del suministro del hormigón, mortero y áridos, así como de reparto del mercado de dichos productos en la Comunidad Foral de Navarra y territorios limítrofes.

BERIAIN en sus escritos de alegaciones declara que cada una de las sociedades integrantes del grupo del que es la sociedad matriz adoptan de manera autónoma las decisiones relativas a sus respectivas actividades y su comportamiento económico en el mercado, y que por lo tanto, este último, no viene determinado o impuesto por ninguna otra persona física o jurídica. Según resulta de la información referenciada en el HP 5 de esta Resolución, el grupo BERIAIN está integrado por las siguientes sociedades:

- UNCONA SA, en la que BERIAIN ostenta el 68, 41% del capital social.



- Canteras de Oskia, en la que BERIAIN ostenta el 25% del capital social, otro [...] UNCONA SA y el [...] restante Asfaltos de Biurrun, SA
- Asfaltos de Biurrun SA, en la que BERIAIN ostenta el [...] de su capital social, y el [...] restante UNCONA SA.
- Hormigones de Leizarran SL, en la que BERIAIN ostenta el 68,03% del capital social.
- Hormigones Lizarra SA, en la que el 83,33% del capital pertenece a BERIAIN.
- Hormigones Lodosa SA, en la que el [...] del capital social pertenece a BERIAIN

De la información que también figura en el HP 5 resulta que BERIAIN tiene, directamente o a través de sus accionistas, participación en el capital social en otras sociedades que operan en los mercados afectados por el cártel objeto de este expediente. Sociedades en las que además, el Director General de Beriaín [...], que es el representante de esta empresa en las reuniones del cártel, es accionista a título privado y forma parte de su órgano de administración. Se trata, al menos, de las sociedades siguientes:

- Hormigones Oskia SA, en la que Canteras y Hormigones del Norte SA (accionista mayoritario de Hormigones Beriaín) posee el [...] del capital social, estando el resto repartido entre (9) personas físicas, entre las cuales están la práctica totalidad (7) de las que son accionistas de BERIAIN. El accionista [...] es además Secretario del Consejo de administración y uno de los dos consejeros delegados de la sociedad en los años 2008-2010 (f. 2792, T III conf.).
- Falces Morteros y Hormigones SA, en la que BERIAIN ostenta el [...] del capital social, otro [...] lo ostenta Hormigones Oskia SA y el restante [...] su accionista mayoritaria: Canteras y Hormigones del Norte SA. [...], accionista de BERIAIN y de Canteras y Hormigones del Norte SA es Secretario del Consejo de administración y uno de los dos consejeros delegados de Falces en los años 2008- 2010 (f. 2797, T III conf.).
- Hormigones Arga SA tiene como accionistas a las 8 personas físicas que son accionistas de BERIAIN. [...] es uno de esos accionistas ([...]) y desde 2008 es el secretario del Consejo y el consejero delegado (f. 2825, T III conf.).
- Hormigones Pirámide SA tiene como accionista único a Hormigones Arga SA. [...] desempeñó el cargo de administrador único entre los años 2008 a 2010 (f. 2833, T III conf.).
- Hormigones Puente SA tiene en el año 2008 tres accionistas: BERIAIN ([...]), Canteras y Hormigones del Norte SA ([...]) y [...] ([...]). [...] es administrador solidario (f. 2838, T III conf.).
- Hormigones Azagra SA tiene dos accionistas: Canteras y Hormigones SA y Falces Morteros y Hormigones SA, al [...]. [...] fue administrador solidario en los años 2008-2010 (f. 2842, T III conf.).

BERIAIN en sus alegaciones a la Propuesta de Resolución sostiene que tampoco controla en modo alguno las decisiones estratégicas y de comportamiento en el mercado de estas sociedades, que dice no se integran en el grupo Beriaín. No obstante, el Consejo considera que las circunstancias descritas, relativas al capital y a la composición de los órganos de administración, pero sobre todo el hecho de que el representante de BERIAIN en el cártel forme parte del órgano de administración de todas ellas (además de ser accionista de algunas), acreditan que tanto las filiales como las sociedades participadas (esto es, las 12 sociedades arriba referenciadas) conforman una unidad económica bajo la dirección de BERIAIN (Ver Expte. NUM001 *Excursiones Puerto de Sóller*, FD 1º, arriba citado). Este poder de dirección se aprecia con mayor claridad si cabe en relación con Hormigones Arga SA, pues en su sede tuvo lugar la reunión operativa del cártel de día 12 de junio de 2008 y las facturas expedidas por esta empresa (remitidas a la CNC por Construcciones Muniain SL en el periodo de prueba ante el Consejo; folios 7335-7349), presentan el mismo formato, la misma dirección de correo electrónico (hormigones.beriaín@grupoberiaín.com) y la misma cuenta bancaria para efectuar el ingreso por el cliente que las facturas emitidas por BERIAIN a aquella empresa (folios 7350-7352). Es decir, un comportamiento que no es el de una empresa que trata de diferenciarse y que compite de forma autónoma en el mercado.

Atendiendo pues a la regla de que las normas de competencia deben ser aplicadas conforme a la realidad económica y no a la forma jurídica (antes formulada en relación con CPV), y a los efectos de cuantificar la sanción que corresponda a imponer a BERIAIN como responsable de la infracción de cártel acreditada, este Consejo tendrá en cuenta el volumen de negocio realizado por aquellas 12 sociedades durante el tiempo de duración acreditada del cártel, conforme a los datos suministrados directamente por BERIAIN (AH 19).

Por último, en lo relativo a la responsabilidad administrativa de **VRESA** por su participación en el cártel imputado, el Consejo considera acreditado que VRESA ha participado en el acuerdo de reparto de mercado del hormigón entre las empresas participantes en el cártel en la Comunidad Foral de Navarra y territorios limítrofes, a partir de septiembre de 2008 en que se incorpora al cártel como consecuencia de la adquisición de



determinadas (cuatro) plantas de hormigón de CEMEX, transfiriéndosele parte del cupo asignado por el cártel a CEMEX respecto del hormigón. Así resulta en particular de las tablas de adjudicación y control del acuerdo de reparto de mercado recabadas en la inspección de BERIAIN (HP 77, 87 y 91).

En cuanto a la finalización de la infracción, el Consejo considera acreditado que la responsabilidad de todas las empresas participantes concluye el 22 de septiembre de 2009, cuando la Dirección de Investigación realiza las inspecciones domiciliarias (HP 2). CPV ha alegado que el cártel habría concluido con la última reunión acreditada (8/11/08) y BERIAIN en el mes de julio de 2009. El Consejo no acepta estas alegaciones por cuanto considera acreditada la realización por las empresas imputadas de controles de seguimiento del cártel en los meses de abril mayo, junio y julio de 2009 (HP 77, 93, 94, 100 y 101), así como la existencia de contactos entre varias de ellas el 3 de septiembre de 2009 (HP 38). Por consiguiente, no existiendo constancia en el expediente de manifestación pública por parte de ninguna de las empresas imputadas de haber concluido su participación en el cártel, conforme a la jurisprudencia europea y a sus propios precedentes en materia de cártel (entre las últimas, RCNC de 29 de junio de 2011, Expte. NUM002 Colomer, FD 4º, en la que se cita jurisprudencia comunitaria en tal sentido), el Consejo considera acreditado que la infracción del art. 1 de la LDC imputada duró, al menos, hasta el 22 de septiembre de 2009."

En relación con los efectos de estas actuaciones la Resolución recurrida afirma:

"En el caso objeto de esta resolución, ha quedado acreditado que las empresas imputadas han celebrado reuniones en cuyo ámbito se adoptaron acuerdos expresos en relación con la fijación e incremento de los precios del hormigón, los morteros y los áridos, y un acuerdo de reparto de mercado, delimitando distintas zonas en la Comunidad Foral de Navarra y territorios limítrofes, así como el sistema de ejecución de tal reparto de mercado mediante la asignación de las obras a las que podían suministrar dichos productos las empresas participantes en los acuerdos anticompetitivos, dentro de cada una de las zonas delimitadas, conforme a cupos por ellas establecidos.

Estos acuerdos anticompetitivos constituyen una infracción única de cártel, definido en la Disposición Adicional cuarta.2 de la LDC, como "todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o venta, el reparto de los mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones".

El cártel acreditado en este expediente constituye una infracción única y continuada en el tiempo, desde la adopción de los acuerdos por las empresas participantes en el cártel en junio de 2008 y la posterior incorporación a dicho cártel por parte de VRESA a partir de septiembre de 2008. La elevada casuística y mutabilidad de las conductas que se realizan en los mercados, y la necesidad de garantizar el efecto útil de las normas que tutelan la libre competencia, motivan que las autoridades de competencia y los tribunales tengan que recurrir con cierta frecuencia a esta noción jurídica de la infracción única y continuada, cuya existencia exige la concurrencia de varios requisitos: (1) Unidad de sujeto activo (2) Pluralidad de acciones u omisiones (3) Que las acciones infrinjan el mismo o semejante precepto administrativo, y (4) Que las acciones se hayan realizado en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión. (Res. TDC de 27 de julio de 2000, Expte. NUM003, Texaco 2; 31 de octubre de 2000, Expte. NUM004, Prensa Vizcaya y 31 de mayo de 2002, Expte. NUM005, Disared y Resoluciones del Consejo de la CNC de 18 de octubre de 2007, Expte. NUM006 Cajas Vascas y Navarra; de 12 de noviembre de 2009, Expte. NUM007, Compañías de Seguro Decenal y de 28 de julio de 2010, Expte. NUM008, Vinos finos de Jerez. Sentencias de la Audiencia Nacional de 28 de febrero de 2005 y 6 de noviembre de 2009, y Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2006 y 19 de marzo de 2008)."

Y añade:

"La Dirección de Investigación propone que se imponga a todas las empresas imputadas la sanción prevista en el art. 63.1. c) de la LDC por la comisión de una infracción muy grave (art. 62.4.a) de la LDC) teniendo en cuenta los criterios concurrentes del art. 64.1 de la misma Ley.

En efecto, el art. 63.1 de la LDC faculta a la CNC para imponer a quien infrinja, de forma negligente o deliberada la prohibición de conductas colusorias del art. 1.1 LDC sanciones económicas que en el caso de conductas de cártel como las acreditadas en este expediente, que son calificadas por el artículo 62.4.a) de la LDC como una infracción muy grave, pueden alcanzar hasta el 10 por ciento del volumen de negocio total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

El Consejo considera acreditado que las empresas del cártel eran conscientes de la ilegalidad de su conducta, y sabían que tanto los acuerdos como las reuniones del cártel debían mantenerse en secreto, de ahí el carácter confidencial de los acuerdos adoptados y las cautelas adoptadas en relación con el lugar de celebración de las reuniones operativas del cártel, con la determinación del tipo de control y la reticencia para contratar a un abogado externo como coordinador para controlar el cumplimiento de los acuerdos (HP 25, 27 y 28).

Por consiguiente, el Consejo aprecia la concurrencia de dolo en la conducta infractora de todas las empresas imputadas, incluido VRESA en cuanto que filial al 50% de las también imputadas CETYA y CPV. "

La CNC considera acreditado que la infracción de cártel ha sido ejecutada y aplicada, tanto el acuerdo de fijación de precios y los incrementos de éstos, como el acuerdo de reparto de mercado, desde el momento de la adopción de dichos acuerdos, teniendo las empresas participantes en el cártel conocimiento expreso de la efectiva implantación de los acuerdos adoptados y haciendo un seguimiento del cumplimiento de dichos acuerdos. Si bien, considera también que existe prueba en el expediente de que determinadas obras no fueron finalmente suministradas por la empresa a la que se habría adjudicado conforme a la información recabada por la CNC en las inspecciones domiciliarias, así como obras que fueron suministradas a precios inferiores a los fijados por el cártel, en el que han participado las principales empresas del sector con implantación, directamente o a través de empresas participadas, en la Comunidad Foral de Navarra y territorios limítrofes, sin que eso sea óbice a la responsabilidad por las conductas acreditadas.

En definitiva, los hechos acreditados en el expediente, y en modo alguno desvirtuados por la actora en el proceso, ponen de relieve que los imputados, entre ellos la ahora recurrente, participaron en reuniones y contactos referidos en las propias tablas o cuadros de reparto, distribuyéndose el mercado entre ellos, haciéndolo por zonas sin perjuicio de que el acuerdo desplegara sus efectos en ámbitos geográficos más amplios.

6. Tampoco la Sala ha entendido que haya sido vulnerado el principio de proporcionalidad al imponer la sanción a las demás participantes con la hoy actora en el cártel de actual referencia sin que los fundamentos al respecto contenidos en las sentencias de 12 y 27 de diciembre respectivamente en las sentencias recaídas en los recursos nº 67 y 66/2012 hayan quedado desvirtuados por las alegaciones de la hoy actora.

Así la CNC justifica la cuantificación de la multa haciendo alusión a las distintas circunstancias que se dieron en la comisión de la misma (fundamento de derecho "Noveno" de la Resolución) ninguna de las cuales ha sido, como decimos, desvirtuada por la actora en este proceso que alega, en primer término, una errónea determinación del ámbito geográfico de los mercados afectados, cuestión que ya ha sido tratada en las precitadas sentencias. Al respecto la Sala declaraba:

"Discrepa el recurrente del mercado geográfico afectado (sobre el que se ha calculado el volumen de ventas que se toma como importe básico de la sanción). En este caso el mercado afectado abarca la producción y comercialización de hormigón, mortero y áridos en la Comunidad Foral de Navarra. Considera el recurrente que sólo debe ser el mercado local donde opera cada una de las sociedades.

El concepto "mercado afectado" por la conducta infractora tal como precisa la CNC, puede no coincidir con el mercado de producto y geográfico relevante ya que, no viene determinado por el territorio en el que las condiciones de competencia son homogéneas sino por el espacio geográfico en el que la infracción analizada haya producido o sea susceptible de producir efectos sobre las condiciones de competencia efectiva. El "mercado geográfico relevante" de estos productos en general es de ámbito local o comarcal ya que tienen una vida limitada (cemento o mortero) o son muy elevados los costes de transporte (áridos), por lo que se delimitan en general por relación a la ubicación física de la planta o instalación de producción. El "mercado geográfico afectado" que es el que se tiene en cuenta para cuantificar la sanción es en este caso todo el territorio de la Comunidad Foral de Navarra, teniendo en cuenta el sistema de reparto que se estableció de modo que se dividió todo el territorio de la Comunidad Foral en 6 áreas geográficas asignándose en cada territorio o zona una cuota o cupo que se establecía teniendo en cuenta su presencia en la misma, de forma que la empresa a la que no se le asignaba cuota en una determinada zona debía de abstenerse de competir en la misma. "

Y así concluíamos que es correcto computar el volumen íntegro de negocios de todas las filiales y participadas que actúan en la Comunidad Foral de Navarra ya que la conducta no sólo afecta al mercado local donde operan sino a todo el territorio, teniendo en cuenta que las empresas se obligaban a no competir fuera de las zonas asignadas, ejerciendo la actora un poder de dirección sobre sus filiales y participadas que garantizaba el cumplimiento del acuerdo.

En cuanto a la forma de calcular el límite del 10% a que alude el artículo 63.1 a) también hemos dicho en las precitadas sentencias que:

"no puede ser el volumen total de negocios declarado por Canteras Alaiz en el último ejercicio sino como señala la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de mayo de 2013 asunto C-508/IIP "el límite debe calcularse a partir del volumen de negocio acumulado de todas las empresas integrantes de la unidad económica única que actúa como empresa a efectos de lo dispuesto en el artículo 101 TFUE (RCL 2009, 2300) . El Tribunal de Justicia ya ha confirmado que esa jurisprudencia no adolece de ningún error de Derecho (véase el auto de 3 de mayo de 2012, World Wide Tobacco España/Comisión, C-240/11 P, apartados 45 y 46)."



Tampoco podemos compartir la alegación referente a la errónea consideración de la cifra de negocios para el cálculo del importe de la multa por las mismas razones que ya diera la Sala igualmente la precitada sentencia de 27 de diciembre de 2013 (recurso nº 66/2012).

En efecto, la CNC tomó como referencia cifras de volumen de negocios proporcionadas por la propia actora relativas a la sociedad sancionada -HORMIGONES BERIÁIN, S.A.-, a las entidades de su Grupo UNCONA, S.A., -Asfaltos de Biurrun, S.A., CANTERAS DE OSKIA, S.L., Hormigones Leizarrán, S.L., Hormigones Lizarra, S.A. y Hormigones Lodosa, S.A.- todas ellas filiales sobre las que la actora ostenta control directo e indirecto y a otras sociedades participadas (lo que la actora llama sociedades terceras) respecto de las cuales tiene una participación minoritaria o bien sociedades en las que la hoy actora carece de participación social si bien, como la propia actora reconoce, uno o varios accionistas de HORMIGONES BERIÁIN tienen participación.

Pues bien el Consejo de la CNC argumenta su decisión al respecto en los siguientes factores:

- La existencia de participaciones minoritarias de HORMIGONES BERIÁIN o de algunos de sus accionistas en el capital social de las Sociedades Terceras.

A los efectos de analizar el vínculo entre HORMIGONES BERIÁIN y las Sociedades Terceras, es oportuno detenerse en la estructura accionarial de HORMIGONES BERIÁIN, primero, y en la de cada una de las Sociedades Terceras, a continuación.

Las tablas que se reproducen en la demanda recogen información aportada al expediente por mi representada:

- La condición de miembro del órgano de administración de las Sociedades Terceras de D. Maximiliano , Director General de HORMIGONES BERIÁIN.

También se reproduce en la demanda la tabla que recoge la composición del órgano de administración de cada una de las Sociedades Terceras, recogiendo información aportada por mí representada al expediente administrativo o bien obrante en registros públicos y en particular en el Registro Mercantil:

- Concretamente en relación con HORMIGONES ARGÁ S.A., la CNC se sirve de dos pruebas circunstanciales: en la sede de dicha sociedad tuvo lugar una reunión el 12 de junio de 2008 y las facturas de esta empresa (remitidas por CONSTRUCCIONES MUNIÁIN S.L. (folios 7335-7349)) presentan un formato similar e indican un correo electrónico y cuenta bancaria coincidentes con los utilizados por HORMIGONES BERIÁIN.

Pues bien esta Sala, de acuerdo con las consideraciones ya hechas también en las precitadas sentencias, ha de corroborar la conclusión alcanzada por la CNC en la resolución impugnada entendiendo que todas ellas formaban parte de una unidad económica teniendo en cuenta esas concretas circunstancias y características especiales que concurren en el presente caso (participación accionarial, composición de los órganos de administración, amén de otros datos constatados en el expediente) reveladoras del nexo y la vinculación tomada en cuenta por la CNC en la resolución impugnada, sin que ello implique ninguna confusión patrimonial ni siquiera utilización abusiva de la personalidad jurídica de las sociedades participadas.

Por último, la Sala ya ha tenido en cuenta alegaciones como la de la actora en orden a la pretendida ausencia de efectos en los mercados del hormigón, áridos y mortero derivados del acuerdo de fijación de precios del caso y hemos también ratificado el criterio de la CNC (expuesto en el fundamento jurídico "Sexto" de la Resolución) en orden a la aplicación efectiva del acuerdo de reparto de mercado en los tres mercados relevantes objeto de la sanción, por lo que en aplicación del principio de igualdad en la aplicación de la Ley y en aras de la seguridad jurídica debemos mantener el mismo criterio, con la consiguiente desestimación también de este otro motivo de recurso.

7. De lo anterior deriva la desestimación del recurso con la paralela confirmación de la Resolución administrativa impugnada por su conformidad a Derecho.

De conformidad con el art. 139-1 de la LRJCA de 13 de julio de 1998, en la redacción dada por la reforma operada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, debe condenarse a la parte recurrente al pago de las costas procesales.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la sociedad **HORMIGONES BERIÁIN, S.A.** , contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 12



de enero de 2012 , a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la parte actora.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma **cabe recurso ordinario de casación** siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985 , y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOS