

Id. Cendoj: 28079230062013100663
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 30/11/2013
Nº de Recurso: 110/2012
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: LUCIA ACIN AGUADO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

CNC sanción expediente hormigones.

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a treinta de noviembre de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo nº 110/12 que ante esta **Sección Sexta** de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido por **GRUPO CETYA SA** representada por el Procurador de los Tribunales D. Rafael Gamarra Megias contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 12 de enero de 2012 (S/0179/09 Hormigón). La Administración demandada ha estado representada y defendida por el Abogado del Estado. Han intervenido como codemandados CEMEX ESPAÑA SA y HORMIGONES BERIAIN, S.A., representadas respectivamente por los Procuradores de los Tribunales D. Francisco de Sales José Abajo Abril y D. Alberto Hidalgo Martínez . La cuantía del recurso es de 1.425.299 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO : La representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo el 11 de noviembre de 2011 contra la resolución indicada en el encabezamiento de esta sentencia ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Se turnó a la sección sexta donde fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo. Presentada demanda el 10 de mayo de 2012 solicitó " *acuerde en su día estimarlo íntegramente anulando y dejando sin efecto la resolución recurrida. Subsidiariamente y para el caso de no ser estimado íntegramente el recurso se anule parcialmente la resolución rebajando la cuantía de la sanción impuesta en los términos expresados en el presente escrito*"

Se emplazó al Abogado del Estado que contestó a la demanda mediante escrito de 12 de julio de 2012. No solicitado el recibimiento a prueba se dio trámite de conclusiones. Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo el 17 de octubre de 2013, lo que se efectuó para el 26 de noviembre de 2013.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente Doña LUCIA ACIN AGUADO, Magistrada de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El acto recurrido es la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 12 de enero de 2012 (S/0179/09 Hormigón) 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 E a CEMENTOS PORTLAND VALDERRIBAS SA, 2.508.758 E, a HORMIGONES BERIAIN SA, 502.283 E, a CEMEX ESPAÑA SA, 959.277 e, 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.

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

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 BERIAIN las anotaciones del cuaderno del Director General para España de CPV y correos internos de CPV, la documentación aportada por CETYA y 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)

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. La multa a imponer aplicando ese porcentaje supera en el caso de BERIAIN; CETYA y VRESA (empresas mono-producto y de ámbito mayoritariamente regional) el límite del 10% de volumen total de negocios declarado por dicha empresa en el último año disponible en el expediente (2010), por lo que se ha procedido a ajustar a la baja su importe al citado límite legal máximo y en consecuencia la multa impuesta a CETYA, aquí recurrente se ha fijado en 1.425.299 euros.

SEGUNDO : Al objeto de fundamentar el recurso realiza el recurrente las siguientes alegaciones:

1. Nulidad de la sanción por haberse impuesto a una persona jurídica que no existía con ese nombre ni en la fecha de la resolución ni en las fechas en que presuntamente se cometieron los hechos imputados.

2. Indefensión y vulneración del principio de un procedimiento con todas las garantías al haber tenido en cuenta el órgano sancionador en cuestiones que afectan con carácter general a todas las empresas imputadas un escrito de alegaciones de otra parte que se ha introducido en el expediente con carácter confidencial.

3. Vulneración del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a un proceso con todas las garantías al haber dado valor probatorio a las grabaciones aportadas junto con la denuncia, habiéndose vulnerado asimismo su derecho a la intimidad al haberse obtenido de forma clandestina.

4. Vulneración del principio de igualdad ante la Ley al no haber sido sancionada la empresa denunciante.

5. Inexistencia de los elementos propios del cartel

6. El relato fáctico de la resolución impugnada no revela la existencia de acuerdos concretos sobre precios y repartos de mercado.

7. Vulneración del principio de proporcionalidad en el importe de la sanción.

8. reducción de la multa por la incapacidad contributiva de la empresa.

TERCERO: Nulidad de la sanción por haberse impuesto a una persona jurídica que no existía con ese nombre ni en la fecha de la resolución ni en las fechas en que presuntamente se cometieron los hechos imputados.

Alega el recurrente que la sociedad sancionada CANTERAS DE ECHAURI Y TIEBAS SA desapareció con tal nombre en agosto de 2007, al fusionarse con GRUPO CETYA mediante fusión realizada por escritura pública de 23 de agosto de 2007 e inscrita en el Registro Mercantil de Pamplona el 24 de agosto de 2007. A partir de ese momento la sociedad resultante pasó a denominarse GRUPO CETYA SA. El acto administrativo sanciona unos hechos cometidos desde el día 2 de junio de 2008 hasta septiembre de 2009 por lo que los hechos no pudieron ser cometidos por CANTERAS DE ECHAURI Y TIEBAS SA y tampoco en la fecha de la resolución de 12 de enero de 2012 existía una sociedad con dicha denominación.

Examinada la escritura pública de fusión por absorción y cambio de denominación social de 9 de agosto de 2007 se constata que no se ha extinguido la personalidad jurídica de CANTERAS DE ECHAURI Y TIEBAS SA sino que sólo ha cambiado la denominación a la de GRUPO CETYA. En efecto la sociedad que se disolvió como consecuencia de la fusión fue GRUPO CETYA SA al ser absorbida como consecuencia de la fusión por la entidad absorbente CANTERAS DE ECHAURI Y TIEBAS SA que era titular de todas las acciones de la sociedad GRUPO CETYA SA , acordándose en el mismo acto que *"se modifica la denominación social de la sociedad absorbente "Canteras de Echauri y Tiebas SA que pasará a denominarse "GRUPO CETYA SA" (hecho probado 3).*

Por lo tanto se ha sancionado a la persona jurídica responsable de la conducta, si bien se hace referencia a ella con la denominación anterior que tenía antes de la fusión por absorción. La resolución recurrida no ignora este hecho sino que señala *"CANTERAS ECHAURI Y TIEBAS SA, cambió su denominación a GRUPO CETYA SA en el año 2007, por lo que las actuaciones en este expediente deben entenderse realizadas contra*

GRUPO CETYA SA". Por otra parte en la parte dispositiva de la resolución recurrida en el apartado PRIMERO se acuerda *Declarar responsables de esta infracción de cártel a CANTERAS DE ECHAURI y TIEBAS SA (GRUPO CETYA),*

CUARTO: Indefensión y vulneración del principio de un procedimiento con todas las garantías.

Alega el recurrente que la exigencia constitucional de preservar los derechos de defensa y de contradicción en los procedimientos sancionadores excluye la posibilidad de que el órgano sancionador pueda valorar y tener en cuenta para adoptar su resolución en cuestiones que afectan con carácter general a todas las empresas imputadas y no solo a la parte que los ha presentado, un escrito de alegaciones de otra parte que se ha introducido en el expediente con carácter confidencial frente al que las demás partes desconocen su contenido y argumentos y que por tanto no puede ser discutido y rebatido.

En este caso examinada la resolución recurrida, los datos que se han considerado confidenciales para las empresas y de los que no se ha dado traslado a las demás partes imputadas se refieren a datos del volumen de negocios y precios ofertados en relación con los productos objeto del acuerdo sin que las empresas imputadas hayan reconocido su participación en un cartel de fijación de precios y reparto de mercado en sus escritos de alegaciones. El hecho de que la resolución haya tenido en cuenta 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, no se aprecia le cause indefensión, al ser datos de carácter confidencial y objetivos (ofertas de precios de obras) sobre todo cuando CETYA alegó en cuanto al acuerdo de fijación de precios que " *la Dirección de Investigación no ha realizado investigación alguna de los precios realmente practicados* ". (fundamento de derecho sexto, folio 97 de la resolución recurrida)

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 practica de la prueba en los términos solicitados por los denunciantes pero acordó de oficio la práctica de una 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 espectográfica 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 espectográfica 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.wav 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 Beriain, 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 50-55E/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 (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.

SEXTO: Vulneración del principio de igualdad ante la Ley ya que entiende que CTH Navarra tendría que haber sido imputada y sancionada al haber participado en los hechos o *"como parece más lógico, no debería haberse sancionado tampoco a las empresas imputadas"*.

La Dirección de Investigación consideró que la sociedad denunciante competidora de las empresas imputadas no ha participado en la infracción del cartel acreditada. El Consejo discrepa y expone en el fundamento de derecho décimo las razones por las que se separa del criterio mantenido por el órgano instructor concluyendo que *" el Consejo considera que existen indicios de que tales contactos con sus competidores, por la información así obtenida, son aptos para haber modificado su comportamiento en el mercado y, por ello, susceptibles de constituir una infracción del art. 1 de la LDC , por lo que procede instar a la Dirección de Investigación que los valore a la luz de las consideraciones precedentes y, en su caso, incoe procedimiento sancionador"*.

La CNC no podía imponer en la resolución de plano una sanción a dicha sociedad sin haberse seguido contra ella el procedimiento sancionador al objeto de garantizar su derecho de defensa, y por tanto realizó lo que legalmente está previsto instar a la Dirección de Investigación para que en su caso incoe el correspondiente procedimiento sancionador.

SÉPTIMO : Inexistencia de los elementos propios de un cartel. El recurrente parte en su planteamiento de que el concepto de cartel establecido en la Ley es claramente insuficiente e impreciso y procede a elaborar un concepto de cartel haciendo referencia a elementos que no están previstos por el legislador para calificar un acuerdo como cartel que debe ser rechazado de plano.

La disposición adicional cuarta de la LDC 15/2007 establece que *" se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o mas competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones "*.

La conducta realizada reúne las notas características del cartel conforme a lo previsto en la Ley. Se trata de un acuerdo secreto cuyo objeto es la fijación de precios del hormigón, del árido y del mortero y el reparto de mercado de esos productos que han afectado al territorio de la Comunidad Autónoma de Navarra y territorios limítrofes..

OCTAVO: Considera el recurrente que el relato fáctico de la resolución impugnada no revela la existencia de acuerdos concretos sobre precios de los morteros, hormigón y

áridos y repartos de mercado.

1) En relación al acuerdo de fijación y subida progresiva de los precios de los morteros, lo que no consta acreditado es su aplicación efectiva pero si que consta acreditada la existencia del acuerdo. Hay que tener en cuenta que se trata de una infracción por objeto, por lo que no es necesario acreditar sus efectos reales o potenciales para concluir que constituye una conducta prohibida por el artículo 1 de la LDC . Ello en su caso puede tener incidencia en la cuantificación de la sanción pero no para calificar la conducta.

Como señala la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea 16 junio 2011 en el asunto T-240/07 , Heineken Nederland "(325) *Tampoco conviene olvidar que las prácticas colusorias horizontales de precios o de repartos de mercados, tipología ésta en la que encaja la infracción objeto del presente asunto, pueden ser calificadas de infracciones muy graves sobre la mera base de su propia naturaleza, sin que la Comisión esté obligada a demostrar las repercusiones concretas de la infracción sobre el mercado. Las repercusiones concretas de la infracción sólo constituyen un elemento entre otros que, si son determinables, puede permitir a la Comisión aumentar el importe de partida de la multa por encima del importe mínimo previsto de 20 millones de euros (sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de septiembre de 2009 [TJCE 2009, 245], Prym y Prym Consumer/Comisión, C- 534/07 P, Rec. p. I-7415, apartados 74 y 75). "*

2) En relación a los precios de hormigón señala que la CNC no ha realizado ninguna investigación de mercado acerca de los precios aplicados por la empresa adjudicataria, señalando que CETYA no ha aplicado los mismos aportando la relación de ventas de hormigón realizada por CETYA desde junio de 2008 hasta septiembre de 2009 como documento nº 1. El hecho de que CETYA no aplicara los acuerdos es irrelevante para acreditar la existencia del mismos al constituir una infracción por objeto. Hay que precisar por otra parte que el acuerdo entre CPV CEMEX CETYA y BERIAIN consistente en fijar los precios del hormigón de manera que éstos se incrementaran de manera escalonada 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 50-55E/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 (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. Por otra parte examinado el documento nº 1 titulado " precio facturado a clientes en el periodo junio 08-septiembre 09 hormigón las 34 primeras hojas contiene dos columnas en la primera columna comienza con una H. indicando al lado una cifra inicial de 100 que va aumentando en tramos de 50 y al lado otra columna titulado clientes con nombres de empresas ordenados de forma alfabética, no recogiendo ningún precio... tras esos documentos aparecen otros 34 folios en cada uno de ellos hay dos columnas la primera titulada obra y en la segunda un precio. Ciertamente los precios son distintos, pero hay que tener en cuenta que lo que se imputa es el incremento de precios de forma escalonada y al no constar esas obras ordenadas por la fecha de su realización no puede deducirse de las mismas que CETYA no procedió a incrementar los precios de

forma escalonada.

3) En relación con los precios de los áridos la resolución de la CNC señala que ha quedado acreditado que CPV, CETYA y BERIAIN acordaron los precios del suministro de áridos, fijando los precios de manera inicial en 3 € para el tipo de árido Todo Uno de segunda, 4 € para el tipo de árido Todo Uno de primera, 4 E para las gravas y arena, 8 E para la arena fina y 8,5 E para la escollera con el objeto de incrementar los precios de esos productos escalonadamente. Transcribe las conversaciones y reuniones en los que se hace referencia a esos incrementos de precios (HP 49 a 52) y reproduce la tabla aportada por CETYA en la contestación 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). Señala la recurrente que aportó como documento nº 2 en trámite de alegaciones las ventas de aridos realizadas por Grupo Cetya entre los meses de junio de 2008 y de septiembre de 2009 y señala que examinados las mismas puede comprobarse que existen muchas mas clases de áridos de los que señala la CNC y que los precios de los mismos son diferentes y con frecuencia inferiores. Vuelve a aportar esa documental como documento nº 2 a la demanda titulado " *precios facturados a clientes entre junio 08 a septiembre 09. Áridos* ". Respecto a los mismos realizamos las mismas observaciones hechas en el apartado anterior. Los 54 primeros folios se indica en la primera columna el tipo de árido y en la segunda la empresa cliente ordenados de forma alfabética, y en los 54 folios siguientes una lista en la que en la primera columna se identifica la obra y en la segunda se indica un precio sin indicar a que tipo de producto corresponde, ni la fecha en la que se realizó la obra, por lo que no puede extraerse conclusión alguna indicando en todo caso que la CNC no afirma que se haya pactado el precio de todos los áridos sino sólo los indicados.

4) En cuanto al acuerdo de reparto de mercado realiza alegaciones genéricas referidas a que la CNC no ha realizado un análisis de la estructura de los mercados ni si la conducta es capaz de producir efectos anticompetitivos. Como señala la CNC, la delimitación exacta del mercado relevante tampoco es un elemento del tipo de la infracción tipificada en el artículo 1 de la LDC , cuando se trata de acuerdos que, por su contenido y finalidad, objetivamente se puede concluir sin mayor análisis que son anticompetitivos por su objeto. Tal es el caso de los cárteles de fijación de precios y reparto de mercados como el que es objeto de este expediente, pues los precedentes y la teoría económica revelan que son acuerdos que objetivamente tienen capacidad para restringir la competencia efectiva en detrimento del bienestar sin producir eficiencias de las que puedan beneficiarse terceros, cualquiera que sea el contexto jurídico y económico en el que se produzcan.

Por otra parte en este caso el reparto de mercado queda acreditado no solo por las transcripciones de las grabaciones sino por las listas de BERIAIN a las que ya hemos hecho referencia.

NOVENO : Falta de proporcionalidad de la sanción. En este caso a la recurrente se le ha impuesto la 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. El Consejo ha tomado en su integridad el volumen de ventas imputado a los últimos 12 meses de duración de la infracción acreditada (octubre de 2008 a septiembre de 2009), en tanto que el volumen de negocio imputado a los restantes

meses (de junio a septiembre de 2008 se ha ponderado al 0,75. La multa a imponer a CETYA (empresas mono-producto y de ámbito mayoritariamente regional) ascendería a 3.429.509 euros. Esta cantidad superan el límite del 10% de volumen total de negocios declarado por dicha empresa en el último año disponible en el expediente (2010), por lo que se ha procedido a ajustar a la baja su importe al citado límite legal máximo y en consecuencia la multa impuesta a CETYA se ha fijado en 1.425.299 euros.

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 solo debe ser el de las zonas de Pamplona, Tafalla, Liedena, Ribera Alta, Corella y Tudela que son solo una parte de Navarra.

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.

Alega que en un mercado abierto y competitivo como son los productos mencionados en el expediente un acuerdo entre solo algunos competidores es un acuerdo destinado al fracaso, por lo que no tiene aptitud para alterar el régimen de libre competencia. Hay que indicar conforme al apartado 10 de los antecedentes de hecho que las empresas imputadas en este expediente son importantes operadores en el mercado geográfico y del producto. Así una de las empresas sancionadas suministra el 95% de cemento para la fabricación de hormigón y mortero y todas son importantes operadores en el mercado del hormigón en la Comunidad Foral de Navarra y se dan detalles en dicho apartado, indicando asimismo que en ocasiones distribuyen su producto a través de empresas controladas o participadas por estas.

En cuanto a los efectos, señala el recurrente que la resolución rechaza todas las alegaciones presentadas en lo referido a los efectos del mercado ofreciendo como una explicación que la infracción imputada es una infracción por objeto. Esta afirmación debe ser matizada, ya que lo que afirma la resolución es que la existencia de efectos no tiene incidencia para acreditar la existencia de una conducta prohibida al tratarse de una infracción por objeto, pero en cambio si que tiene relevancia para cuantificar la sanción. Así en el fundamento de derecho noveno referido a " la determinación de la sanciones por infracción del artículo 1 de la LDC señala "*las circunstancias señaladas por CETYA (falta de aplicación del acuerdo y de efectos sobre la competencia) conforme al artículo 64.1 de la LDC únicamente son relevantes a los efectos de*

cuantificar la sanción y en modo alguno permite la mencionada Ley tenerlas en consideración para variar la calificación de la infracción (como grave o muy grave)" . Acorde con ello procede a analizar los efectos directos en el mercado y señala que la infracción tuvo efectos directos en el mercado del hormigón y del árido y se llevó a cabo el reparto de mercado asignando a cada empresa del cartel una zona de influencia si bien se matiza que "las partes han presentado prueba documental que acredita que determinadas obras no fueron suministradas a los precios acordados, aunque en general sí a precios superiores a los que existían al tiempo de constituirse el cártel, como también existe prueba de que determinadas obras no fueron finalmente suministradas por las empresas que figuran en las hojas de adjudicación.

En cuanto a los beneficios ilícitos, señala el recurrente que en el expediente no contiene datos sobre los posibles beneficios que hayan sido obtenidos como consecuencia de la infracción y efectivamente es así , razonando la resolución que no se han podido cuantificar al no poder determinar con precisión el grado de cumplimiento de los acuerdos anticompetitivos.

Señala que los principios de proporcionalidad y de equidad exigen que deba valorarse que el grupo CETYA es una empresa de dimensión únicamente provincial, que no pertenece a ningún grupo nacional o internacional lo que debería haber influido al determinar las sanciones y en este caso precisamente ello ha sido tenido en cuenta ya que la multa que ascendería a 3.429.509 euros se ha reducido a 1.425.299 euros que es el límite del 10% de volumen total de negocios declarado por dicha empresa en el último año disponible en el expediente (2010).

DÉCIMO: Por ultimo alude a su delicada situación financiera, que entiende debe minorar el importe de la multa. Las reducciones de la multa por la incapacidad contributiva de una empresa ha sido aplicada por la Comisión Europea de manera muy excepcional en aplicación del artículo 35 de las Directrices para el cálculo de las multas y después de una cuidadosa revisión de las condiciones establecidas: análisis de estados financieros de los últimos años, las previsiones del ejercicio y los futuros, coeficientes que miden la solidez financiera, la rentabilidad, la solvencia, la liquidez. (Decisiones de la Comisión Europea de 11 de noviembre de 2009, asunto COMP/38589, termoestabilizadores, de 20 de julio de 2010 asunto COMP/38866 fosfatos para piensos, de 23 de junio de 2010 asunto COMP/ 39092, bathroom&mixtures de 30 de junio de 2010 asunto acero de pretensado COMP/38344). Su aplicación además de la solicitud del interesado requiere la concurrencia de los siguientes requisitos 1) existencia de un contexto económico y social particular constituido por las consecuencias que en el pago de la multa podría tener, en particular, en lo relativo a un aumento del desempleo o un deterioro de los sectores económicos a los que la empresa afectada vende 2) el pago de la multa ponga en peligro la viabilidad económica de la empresa. Por lo tanto es necesario que exista una relación de causalidad entre el pago de la multa y su incidencia en la viabilidad de la empresa, es decir que los efectos adversos serán causados por el pago de la multa y no por otros factores 3) conlleve la pérdida de valor de activos no siendo suficiente la existencia de una situación de quiebra o insolvencia si no se traduce en una pérdida de valor de los activos. La prueba corresponde aportarla a la interesada. En este caso, la multa se ha ajustado al 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa porcentaje fijado en el artículo 63 por el legislador, precisamente con el objeto de que el pago de las multas no implique la desaparición de la empresa. Por otra parte no acredita el recurrente mediante pruebas objetivas que el importe de la multa, ponga irremediabilmente en peligro la viabilidad económica de la empresa y que no exista

posibilidad de renegociar la deuda bancaria, de recibir aportaciones de capital de otras sociedades o accionistas o incluso de la transmisión de los elementos del activo a un tercero para continuar la actividad empresarial tal como establece , la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea 13 de diciembre de 2012 (asunto Novacke chemicke/ Comisión Europea, T-352/09) que señala (189) *si bien el concurso de una empresa perjudica a los intereses financieros de los propietarios o de los accionistas afectados, ello no significa necesariamente la desaparición de la empresa en cuestión. Ésta puede continuar a existir como tal, ya sea, en caso de recapitalización de la sociedad declarada en concurso de acreedores, como persona moral que garantiza la explotación de dicha empresa, o, en caso de adquisición global de los elementos de su activo, y en consecuencia, de la empresa como entidad que ejerce una actividad económica, por otra entidad. Tal adquisición global puede producirse o bien por una compra voluntaria o bien por una venta forzada de los activos de la sociedad concursada con el mantenimiento de la explotación".*

DÉCIMOPRIMERO: De lo anterior deriva la procedencia de desestimar el presente recurso. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre procede imponer las costas a la parte actora al haberse rechazado todas sus pretensiones, no apreciando que el caso presente serias dudas de hecho o de derecho.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR

el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **GRUPO CETYA SA** contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 12 de enero de 2012 expediente S/0179/09 Hormigón. que se declara en los extremos examinados conforme a derecho. Se imponen las 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 .- La anterior sentencia fue leída y publicada en la forma acostumbrada por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, hallándose constituido en audiencia pública, de lo que yo el Secretario, doy fe.