



Roj: **STS 4058/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:4058**

Id Cendoj: **28079130032014100251**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **15/10/2014**

Nº de Recurso: **3563/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2212/2011,**
STS 4058/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Octubre de dos mil catorce.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número **3563/2011** interpuesto por "HORMIGONES CÁNTABROS, S.L.", representada por el Procurador D. Rafael Gamarra Megías, contra la sentencia dictada con fecha 12 de mayo de 2011 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 638/2009, sobre defensa de la competencia; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- "Hormigones Cantabros, S.A." interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 638/2009 contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 22 de julio de 2009 que en el expediente número 648/08 acordó:

"Primero.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la realización de una conducta restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia en su apartado c), consistente en un reparto del mercado del hormigón premezclado en Cantabria desde marzo de 1993 hasta marzo de 2003 en el que han participado y del que son responsables las empresas [...] Hormigones Cantabros, S.A.[...].

Segundo.- Imponer a [...] Hormigones Cantabros, S.A. una multa de setecientos ochenta y cinco mil treinta euros (785.030€); [...].

Tercero.- Intimar a cada una de las empresas sancionadas a que se abstengan de realizar dicha conducta en el futuro. [...].

Segundo.- En su escrito de demanda, de 27 de abril de 2010, la entidad recurrente alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó que se dictase sentencia "que declare no ser conforme a Derecho la citada resolución, declarando que la misma ha incurrido en los siguientes defectos:

- a) Caducidad del expediente de instrucción,
- b) Caducidad del expediente ante el Consejo de la CNC,
- c) Vulneración de los derechos fundamentales de defensa y a la presunción de inocencia,
- d) Indebida aplicación del artículo 1º LDC, al calificar los hechos sancionados como un reparto de mercado,



e) Incorrecta aplicación del artículo 10 LDC , al no aplicar correctamente los criterios determinados por el mismo para la aplicación de las sanciones,

f) Vulneración por el Consejo de la CNC del principio constitucional de igualdad en la aplicación de la Ley,

y, en consecuencia y con fundamento en los motivos alegados en esta demanda, acuerde la nulidad de la resolución recurrida, dejando sin efecto la sanción impuesta a Hormigones Cántabros, S.A. o, con carácter subsidiario, la rebaje hasta el 1% del volumen de negocios considerado por la CNC como base de su resolución."

Por otrosí interesó el recibimiento del pleito a prueba.

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 8 de junio de 2010, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia "por la que se desestime el recurso confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, con imposición de las costas a la demandante".

Cuarto.- No habiéndose recibido el pleito a prueba y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 12 de mayo de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Hormigones Cántabros, S.A. contra el Acuerdo dictado el día 22 de julio de 2009 por la Comisión Nacional de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas."

Quinto.- Con fecha 26 de julio de 2011 "Hormigones Cántabros, S.A." interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número **3563/2011** contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 12 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia ".

Segundo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 50 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia ".

Tercero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 132.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ".

Cuarto: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 12 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia , por infracción del artículo 56.1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia ".

Quinto: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables a la cuestión objeto de debate, y en concreto por infracción de los preceptos relativos a la imposición de las sanciones contenidos en el artículo 10 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia ".

Sexto: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables a la cuestión objeto de debate, y en concreto por infracción del principio de proporcionalidad de las sanciones, regulado por el artículo 131 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ".

Sexto.- Por escrito de 29 de marzo de 2012 el Abogado del Estado se opuso al recurso y suplicó su desestimación con condena en costas.

Séptimo.- Por providencia de 25 de abril de 2014 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 7 de octubre siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 12 de mayo de 2011 , desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Hormigones Cántabros, S.A." contra la resolución dictada por la Comisión Nacional de la Competencia el 22 de julio de 2009 en el expediente sancionador 648/08.

En dicha resolución se tuvo por acreditada "la realización de una conducta restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia en su apartado c), consistente en un reparto



del mercado del hormigón premezclado en Cantabria desde marzo de 1993 hasta marzo de 2003", conducta en la que habían participado determinadas empresas del ramo, entre ellas "Hormigones Cántabros."

Debemos señalar que esta Sala ha resuelto en sentencia de 30 de septiembre de 2014 el recurso de casación número 4327/2011, interpuesto por otra de las empresas sancionadas en la misma resolución administrativa ("Hongomar, S.A.") contra la dictada por la Sala de la Audiencia Nacional con fecha 25 de mayo de 2011 en el recurso número 461/2009. En esta última se había declarado la conformidad a Derecho de la sanción impuesta por la Comisión Nacional de la Competencia a "Hongomar, S.A.", en cuantía de 327.900 euros. Nuestra sentencia de 30 de septiembre de 2014 confirmó la de instancia, y a ella haremos referencia en alguno de los fundamentos jurídicos ulteriores.

Segundo.- El recurso de casación consta de seis motivos, todos ellos deducidos al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional aunque, en realidad, varios de ellos han de ser objeto de tratamiento conjunto (la recurrente reconoce el "carácter complementario" del primero, el segundo y el tercero). No se traen a la casación los argumentos de la instancia que versaban sobre la práctica de las pruebas en sede administrativa ni sobre la calificación jurídica de los hechos, limitándose el recurso a invocar, o bien la infracción de las normas legales relativas al desarrollo del procedimiento sancionador, o bien las reguladoras de la cuantía de la sanción impuesta.

En los tres primeros motivos se reprocha a la Sala de instancia la vulneración de los artículos 12 y 50 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, así como del artículo 132.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Los tres motivos combinan alegaciones relativas a la prescripción de la infracción y a la duración de la fase preliminar (diligencias previas) con otras relativas a la ineficacia interruptiva de determinadas actuaciones administrativas. La base de partida es el ya citado artículo 12.1 de la Ley 16/1989, a cuyo tenor las infracciones a la normativa de competencia prescriben a los cuatro años. Se admite que el día inicial (*dies a quo*) de este plazo es, en el caso de autos, el 1 de abril de 2003, lo que sitúa en abril de 2007 la fecha en que la infracción habría prescrito. Niega la actora que dicho plazo fuera interrumpido por la inspección llevada a cabo el 27 de junio de 2006 y en todo caso, afirma, dado que aquella inspección fue seguida de un período sin ninguna otra actuación con conocimiento del interesado, sería aplicable la "caducidad impropia del expediente", con los correspondientes efectos.

El artículo 12.2 de la Ley 16/1989 dispone que la prescripción se interrumpe por cualquier acto del organismo responsable de defensa de la competencia tendente a la investigación, instrucción o persecución de la infracción, siempre que se haya producido con conocimiento formal del interesado. En el caso de autos se produjo el efecto interruptivo al llevarse a cabo -obviamente con conocimiento del afectado, quien fue objeto de una inspección- ciertos actos de investigación anteriores a la incoación formal del procedimiento sancionador. Las inspecciones realizadas en el curso de las diligencias previas, como la que aquí tuvo lugar, interrumpieron, pues, la prescripción, como acertadamente resolvió el Tribunal de instancia.

Tercero.- Una vez aceptado que el plazo de prescripción de cuatro años comenzó a correr el 1 de abril de 2003 y fue válidamente interrumpido por la inspección llevada a cabo el 27 de junio de 2006, procediéndose más tarde a la incoación del procedimiento sancionador el 26 de junio de 2007, la tesis de la sociedad recurrente es que la "reanudación" del cómputo de la prescripción habría determinado que la infracción hubiese prescrito el 1 de mayo de 2007, antes del inicio formal del expediente, por virtud del artículo 132.2 de la Ley 30/1992.

En nuestra sentencia de 30 de septiembre de 2014 no hemos aceptado este planteamiento impugnatorio, también formulado en el recurso de casación 4327/2011. Frente a la tesis de la sociedad allí recurrente hicimos las siguientes consideraciones, que sirven igualmente para rechazar la de "Hormigones Cántabros" en este proceso:

"[...] La controversia se centra únicamente en una cuestión bien precisa. Dado que el plazo de prescripción de cuatro años comenzó a correr el 1 de abril de 2003 y se acepta que fue interrumpido por la inspección llevada a cabo el 27 de junio de 2006 (fecha a la que siguió un período en el que no consta ninguna otra actuación con conocimiento del interesado), y dado asimismo que la incoación formal del procedimiento sancionador se produjo el 26 de junio de 2007, la tesis de la sociedad recurrente es que debe sumarse el 'primer' período en que corrió el plazo de prescripción (desde 2003 a 2006) al "segundo", esto es el comprendido desde el 27 de julio de 2006 al 26 de junio de 2007, suma cuyo resultado excedería -a su entender- de cuatro años.

A esta conclusión llega la parte mediante su propia interpretación del término 'reanudar' que contiene el artículo 132.2 de la Ley 30/1992 ('interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado más de un mes por causa no imputable al presunto responsable'). A su juicio, la "reanudación"



implica que se deba tener en cuenta el tiempo ya 'ganado' de prescripción hasta que fue interrumpida ésta. Considera que si la voluntad del legislador de 1992 hubiera sido otra, lo habría expuesto de modo expreso como hizo en el vigente Código Penal al disponer que la prescripción de los delitos se interrumpe 'quedando sin efecto el tiempo transcurrido' cuando el procedimiento se dirija contra el culpable (artículo 132.2, coincidente en número con el de la Ley 30/1992).

El motivo no puede ser acogido. Cuando está corriendo el plazo de prescripción de las infracciones, su cómputo queda interrumpido por la incoación del procedimiento (o, en su caso, según las legislaciones sectoriales, por actos previos de investigación). A partir de esta interrupción si el procedimiento sancionador incoado se paraliza injustificadamente durante más de un mes comienza un cálculo nuevo del plazo, de modo que el tiempo anterior hasta entonces transcurrido deviene irrelevante con lo que, por emplear la expresión gráfica alguna vez utilizada, el 'contador se pone a cero'. En alguna lejana sentencia de esta Sala (de 2 de junio de 1987) decíamos que la interrupción del curso de la prescripción determinaba que quedara 'volatilizado' el tiempo ya transcurrido y se iniciara un nuevo cómputo del plazo (en aquel caso quinquenal) de prescripción.

Cosa distinta de lo anterior es que, tras la incoación del procedimiento administrativo que determinó el efecto interruptivo, el curso de dicho procedimiento exceda después, injustificadamente, del tiempo máximo que para su tramitación disponga la ley e incurra por ello en caducidad. La consecuencia de la caducidad del procedimiento es que se anula, ex tunc, su efecto interruptivo inicial, con lo que el plazo de prescripción nunca llegó a interrumpirse (o más exactamente, debe reputarse como si no se hubiese producido aquella incoación interruptiva). Así lo viene a establecer el antes citado artículo 92.3 de la Ley 30/1992 , precisamente para reaccionar contra la excesiva tardanza de los procedimientos sancionadores.

Lo que el legislador no ha hecho es sumar a esta 'reacción' (la ineficacia interruptiva de los procedimientos caducados) otra -tanto más exigente- que significaría imponer la obligación de culminar, sin pausa alguna y en períodos que pueden ser muy breves, el procedimiento sancionador incoado cuanto estuviese próximo a su fin el plazo de prescripción, ya interrumpida. La interrupción de este plazo por la actividad administrativa, debidamente notificada al interesado, implica, repetimos, que el tiempo hasta entonces transcurrido deja de tener ulterior relevancia a efectos de la prescripción (con la única salvedad de que a posteriori se produzca la caducidad del procedimiento sancionador).

Por lo demás, este es el principio y el efecto común a los diferentes supuestos en que la prescripción se considera interrumpida, tanto en el ámbito penal (ya hemos citado el artículo 132 del Código Penal) más próximo al derecho administrativo sancionador, como en el ámbito civil en lo relativo a la interrupción del plazo de prescripción de las acciones por las causas previstas en el artículo 1973 del Código Civil . La interrupción de dicho plazo, según sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1999 y 9 de marzo de 2006 , entre otras, no sólo determina que se 'paralice el transcurso del mismo', sino también que 'queda sin efecto el tiempo transcurrido con anterioridad, de tal modo que el cómputo se inicia ex novo una vez producida la interrupción, o cesados sus efectos'."

En nada afecta a cuanto se deja dicho la apelación de la parte recurrente al artículo 50 de la Ley 16/1989 , precepto que consagra la supletoriedad de la Ley 30/1992 en los procedimientos de defensa de la competencia. Trata de alegarlo aquélla para sostener, de nuevo, la aplicabilidad del artículo 132.2 de la Ley 30/1992 y mantener su tesis sobre los efectos de la "reanudación" del cómputo cuando los procedimientos sancionadores hubieran estado paralizados más de un mes. Ya hemos explicado, sin embargo, que su interpretación de aquel precepto legal no es la que consideramos adecuada.

Cuarto. - El cuarto motivo de casación vuelve a suscitar la supuesta "infracción del artículo 12 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia ", ahora en conexión con la del artículo 56.1 de la misma Ley . Admite la parte que no se agotó "con carácter formal el plazo de caducidad de 12 meses dispuesto en el artículo 56.1 de la Ley 16/1989 " pero sostiene, sin embargo, que la "desnaturalización de las diligencias previas que se prolongaron durante más de 18 meses ha dado lugar a la caducidad del expediente".

La Sala de la Audiencia Nacional rechazó las correlativas alegaciones de la demanda en el fundamento jurídico quinto de la sentencia impugnada, en los siguientes términos:

"[...] En este caso, se alega por la parte recurrente, se ha producido esa desnaturalización de la información reservada. En efecto, a su juicio, a partir de la iniciación de la información reservada llevada a cabo en enero del año 2006, la Administración tenía toda la información a su disposición, siendo a su juicio inútiles las inspecciones de los años 2006 y 2007.

Admitir la tesis de la recurrente equivaldría a atribuir a la Administración en primer lugar una capacidad de valoración y síntesis imposible, pues recibida una documentación de gran complejidad, la documentación



AACOR el día 5 de enero de 2006, debería haber bastado para el mismo día en que la recibió incoar expediente sancionador.

La Administración examina y valora unos documentos que afectan a varias empresas, y con fundamento en las primeras conclusiones, lleva a cabo una inspección el día 27 de junio de 2006 'con el fin de verificar la abundante información a que se había tenido acceso y contribuir a interpretarla'.

Como consecuencia de la inspección encuentra indicios que confirman la autenticidad de los documentos.

En estas circunstancias, la Administración se encuentra con un grupo de empresas, alguna de las cuales no ha logrado identificar, que durante un periodo de tiempo de diez años, lleva a cabo indiciariamente un acuerdo de reparto del mercado del hormigón premezclado en Cantabria, una fijación concertada de precios y otras condiciones comerciales, el intercambio de información sobre clientes morosos y la prohibición de suministro a dichos clientes, así como el intercambio no autorizado de un contrato-tipo para el suministro de hormigón.

Del propio contenido del expediente administrativo resultan las dificultades a las que se enfrentó la Administración para identificar las conductas, y las empresas implicadas, hasta el punto de haber debido rectificar excluyendo a una empresa e incluyendo a otra, y declarando expresamente la imposibilidad de identificar a algunas de las implicadas.

Igualmente, del contenido de los tomos numerados XVIII, XIX, y XX, inmediatamente anteriores al folio 4670 en el que figura el acuerdo del 26 de junio de 2007 resulta la complejidad de la documentación a examinar, lo que a juicio de esta Sala justifica el hecho de que la información previa se demorara durante el plazo analizado".

Pues bien, en el desarrollo argumental del presente motivo no se aportan elementos de juicio suficientes para desvirtuar el razonamiento que acabamos de transcribir sobre las características peculiares y la complejidad de las diligencias previas llevadas a cabo por la Dirección de Investigación. Frente a las detalladas consideraciones que al respecto hace el tribunal de instancia en la sentencia ahora impugnada (más precisas aun que las de su ulterior sentencia de 25 de mayo de 2011 , a las que nos referíamos en la nuestra de 30 de septiembre de 2014) no opone la recurrente argumentos sólidos que demuestren inequívocamente la supuesta "denaturalización" de aquellas diligencias.

En concreto, no basta a estos efectos con sólo sostener que las "tareas" realizadas durante las diligencias previas, "como poner los hechos en contexto y valorarlos", correspondían más bien a la fase de instrucción, o que la duración de aquéllas (diecinueve meses) en contraste con la duración de la instrucción propiamente dicha (diez meses) vendría a demostrar que la Dirección de Investigación "transformó las diligencias previas en una alternativa a la instrucción, obviando así la interdicción del Tribunal Supremo" (con lo que se quiere referir a la doctrina sentada en nuestra sentencia de 26 de diciembre de 2007, recurso número 1907/2005). No basta, decimos, porque a la vista de la complejidad de los hechos investigados, su duración, el número de empresas implicadas en la conducta colusoria y la abundante documentación que habría de ser examinada en aquella primera fase, podía razonablemente el tribunal de instancia considerar no excesivo el plazo dedicado a las actuaciones de investigación preliminar al expediente sancionador propiamente dicho, admitiendo con ello que éste se dirigiera tan sólo contra quienes hubiese motivos suficientes para depurar sus responsabilidades.

Como hemos afirmado con reiteración -y recordamos en la sentencia de 30 de septiembre de 2014 - el instituto de la caducidad no es aplicable a la fase preliminar, de investigación, de modo que las diligencias previas a la incoación del expediente no están sujetas a los plazos máximos aplicables al procedimiento sancionador propiamente dicho, único al que se refieren las consecuencias de caducidad derivadas del artículo 56 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia . Si a ello unimos que, por las razones que se acaban de exponer, en el supuesto ahora analizado no se ha demostrado que aquellas diligencias previas o preparatorias hayan sido desnaturalizadas, prevalecen las consideraciones generales sobre la falta de un plazo preciso para dichas diligencias y sobre la inaplicabilidad a ellas de las normas relativas a la caducidad del procedimiento sancionador formalizado.

Sexto.- El quinto y sexto motivos de casación se centran no ya en las cuestiones relativas a los aspectos temporales del procedimiento sino a la cuantía de la multa impuesta. En el primero de ambos (quinto del recurso) la sociedad recurrente afirma que la Sala de instancia ha vulnerado "los preceptos relativos a la imposición de las sanciones contenidos en el artículo 10 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia ".

De nuevo es pertinente, antes de abordar el análisis de este motivo, transcribir lo que respecto de la proporcionalidad de la multa dijo el tribunal de instancia en el fundamento jurídico noveno de la sentencia impugnada:

"[...] Entiende la actora que se ha impuesto a su patrocinada 'la sanción más elevada posible' entendiéndolo que ha sido el 10% del volumen de ventas.



[...] De la lectura de los razonamientos expuestos por la CNC para fijar el importe de las sanciones resulta en primer lugar que se fija en el 10% del volumen de operaciones realizadas en Cantabria por la sancionada, mercado y ámbito geográfico en el que se desarrolló la conducta infractora.

La CNC ha tenido en cuenta la duración de la infracción, más de diez años, la naturaleza de la conducta y la incidencia en los precios. Tal ponderación justifica la aplicación de la sanción en su grado máximo, argumentando y rechazando las distintas alegaciones realizadas por las empresas sancionadas en el expediente en relación con las consecuencias de la infracción.

En relación con la falta de valoración de los criterios del art. 10.2 LDC y de la no consideración de circunstancias atenuantes, de la lectura del fundamento noveno de la resolución impugnada, resulta que se ha tenido en cuenta la modalidad y alcance de la restricción de la competencia, la dimensión del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa, los efectos como barrera de entrada al mercado relevante, y la duración de la restricción de la competencia, es decir, los elementos establecidos por el artículo 10 de la Ley 16/1989 en su segundo párrafo.

En cuanto a las circunstancias que la actora considera 'atenuantes' entiende que debió aplicarse la de 'voluntaria cesación de la conducta', la 'colaboración leal' con la CNC y la inexistencia de agravantes.

Como indica la resolución impugnada 'El hecho es que, según algunas de las alegaciones presentadas, fue el fallecimiento del gerente de AFACOR lo que vino a poner fin al acuerdo. Ello unido a los indicios de que determinadas empresas pudieron seguir adelante con un acuerdo similar cuestiona que la finalización voluntaria pueda considerarse como un atenuante en este caso'.

En cuanto a la valoración del hecho de que no exista oposición frontal y se cumplan los requerimientos de la Administración, en primer lugar no puede entenderse como "colaboración con la Administración" y, en segundo lugar, el cumplimiento de las obligaciones que la ley impone al administrado en el procedimiento administrativo no justifica una atenuación de la sanción. Por último, es la propia Ley de Defensa de la Competencia, en el precepto reproducido, la que permite la imposición de la sanción de multa en el 10% en las condiciones que la propia norma establece, y con independencia de la existencia o no de otras circunstancias agravantes."

Es igualmente pertinente, puesto que a ellas se refiere el tribunal de instancia, transcribir las siguientes afirmaciones del órgano administrativo:

"Nos encontramos ante una infracción muy grave por su naturaleza y duración (más de diez años) que ha afectado a las ventas de hormigón en Cantabria. En vista de ello, a los efectos del cálculo de la sanción se tendrá en cuenta el volumen de ventas de hormigón de las empresas infractoras en esa región durante los años en que ha tenido lugar la práctica. El Consejo considera que se debe imponer una sanción a cada empresa equivalente al 10% del promedio de su volumen de ventas durante el periodo considerado. Esta cuantía guarda proporcionalidad con la participación de las empresas en el acuerdo (las cuotas fijadas en el reparto son muy similares a la cuota de las empresas en los primeros años del periodo considerado) y a la cuota de mercado de las empresas en cada ejercicio. La cifra resultante se ha ajustado en su caso al 10% del volumen de ventas de hormigón en Cantabria del último ejercicio, al objeto de que la sanción no resulte desproporcionada respecto al volumen actual de negocio de las empresas en la región y se tengan en cuenta las circunstancias de cada empresa."

Séptimo.- La discrepancia de la sociedad recurrente, en este quinto motivo, con las correlativas afirmaciones del tribunal de instancia sobre la aplicación del artículo 10 de la -hoy derogada- Ley 16/1989, comienzan por discrepar de aquél en lo que concierne a la aplicación del apartado primero de dicho precepto. Como es bien sabido, en él se disponía que la infracción de los artículos 1, 6 y 7 de la Ley 16/1989 podía ser sancionada con "multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 % del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal".

Sostiene la recurrente, en la primera de sus críticas a la correlativa parte de la sentencia, que ésta infringe la norma al admitir que la sanción del 10% se haya fijado "sobre el volumen de ventas de la empresa sancionada en un período distinto del que establece la Ley, que es el ejercicio económico inmediato anterior a la resolución sancionadora de la Administración". Habiéndose adoptado ésta el 22 de julio de 2009, la sanción debería haberse calculado sobre el volumen de ventas de "Hormigones Cántabros, S.L." correspondiente al año 2008 (en otro pasaje de su escrito afirma que debió ser el año 2007, lo que parece ser un error material).

La censura no podrá acogerse, por dos razones sucesivas. La primera es que, en cuanto tal, no se formuló en la demanda frente al acto administrativo impugnado. La segunda es que el presupuesto del que parte no resulta correcto, en la medida en que la Sala corrobora -y se trata en realidad de una cuestión de hecho- lo que propia resolución administrativa puso de relieve, esto es, que la multa finalmente impuesta se había ajustado en cada caso al "diez por ciento del volumen de ventas de hormigón en Cantabria del último ejercicio" antes



del acuerdo sancionador. Siendo ello así, debe entenderse que el elemento temporal de referencia (el año para calcular el volumen de ventas) fue conforme al artículo 10.1 de la Ley 16/1989 .

Ha de advertirse, por lo demás, que en este caso -y a diferencia de otros- no se adoptó como parámetro de referencia el volumen total de las ventas de las empresas sancionadas, sino exclusivamente el correspondiente a su negocio en Cantabria, lo que beneficia a aquéllas.

Octavo.- En el segundo bloque argumental del quinto motivo afirma "Hormigones Cántabros, S.L." que "la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta ni ha valorado los criterios establecidos por los apartados a), b), c), d), e) y f) del artículo 10.2 de la Ley 16/1998 , o bien los ha valorado indebidamente". Antes de proceder al análisis de sus alegaciones es preciso destacar que en la correlativa parte de su demanda (folios 31 a 36) aquella sociedad sólo se refirió de modo expreso, como defectos del acuerdo sancionador contrarios al citado artículo 10.2, por un lado, a la falta de mención del mercado afectado, a la ausencia de efectos del acuerdo colusorio (que trataba de justificar con el informe de la empresa consultora PWHC) y a la falta de reiteración en las conductas prohibidas; y, desde la perspectiva inversa, a la no aplicación de las circunstancias atenuantes consistentes en el cese voluntario de la conducta y la colaboración con el órgano sancionador. Alegaciones a las que dio cumplida respuesta el tribunal de instancia, en los términos que anteriormente han sido transcritos, y de las que quedan excluidas en el debate casacional las correspondientes a las circunstancias de atenuación.

Bajo estas premisas afrontaremos el examen de los cinco subapartados en que se desglosa este segundo bloque de alegaciones:

A) En lo que se refiere a la "modalidad de la conducta sancionada", lo cierto es que la demanda no se refirió de modo expreso a ella. Critica ahora la recurrente que la Sala no haya realizado "ninguna consideración, pareciendo asumir tácitamente el criterio de la resolución administrativa, para la que el grado de colusión ha sido muy elevado" y afirma que la calificación de mayor gravedad debería aplicarse a otros supuestos.

Ocurre, sin embargo, que el reproche introduce un elemento de apreciación no invocado en la instancia y, sobre todo, que la restricción de la competencia practicada en este caso se encuadra entre las más perjudiciales para el propio mercado, si partimos de los hechos que se tienen por probados, lo que justifica la calificación de gravedad asignada. En otro pasaje de su recurso la defensa de "Hormigones Cántabros, S.L." se ve obligada a reconocer, por lo demás, que "no nos encontramos ante un caso de menor importancia".

B) En cuanto a la dimensión del mercado afectado, la Sala de instancia recuerda -por remisión al acuerdo ante ella impugnado- cómo la Comisión Nacional de la Competencia, ante las alegaciones de las empresas sobre la "escasa relevancia del mercado y en algunos casos [...] la escasa participación de las empresas en el mismo", consideró que "ambos argumentos van implícitos en el método de fijar la sanción con respecto a las ventas de hormigón en Cantabria de cada empresa".

Pues bien, al igual que hicimos en nuestra sentencia precedente, hemos de partir de que la dimensión -geográfica y económica- del mercado afectado, que se circunscribía a Cantabria, fue expresamente contemplada por el órgano administrativo y por la Sala que corroboró la validez de su decisión. En el acuerdo impugnado se explica por qué, dadas las características del hormigón premezclado, el mercado relevante es de índole comarcal.

C) En lo que se refiere a la cuota de mercado de la empresa recurrente, afirma ésta que "la sentencia no hace ninguna valoración al respecto, ya sea favorable como desfavorable para mi representada, como tampoco la hizo la Resolución de la CNC". No puede, sin embargo, reprochar al tribunal de instancia que no se refiriera a un elemento de juicio del que, de nuevo, la propia recurrente había prescindido en su demanda, como en efecto sucedió.

D) Afirma la recurrente que el tribunal de instancia "no ha valorado ni directamente ni por remisión al acto administrativo que confirma" el efecto de la restricción de la competencia, en cuanto elemento de juicio al que se refiere el artículo 10.2.d) de la Ley 16/1989 . La censura, de ser cierta, debería haberse efectuado por la vía del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional pues la demanda había suscitado, como cuestión relevante, la ausencia de aquellos efectos negativos, lo que trataba de demostrar con la aportación del ya citado informe pericial, aportado durante la fase administrativa.

Sucede, sin embargo, que la Sala de instancia destaca cómo la Comisión Nacional de la Competencia había apreciado lo contrario, esto es, que la infracción continuada había "tenido incidencia en los precios", circunstancia que, a juicio del tribunal, justificaba la multa en la cuantía impuesta. Y ciertamente esta remisión, como hecho probado, a los efectos perjudiciales de la conducta infractora a lo largo de la prolongada duración del acuerdo colusorio (más de diez años) y a su impacto colateral desfavorable sobre los precios del hormigón implica que el tribunal de instancia, en contra de lo afirmado por la recurrente, ha valorado el factor de ponderación al que se refiere el artículo 10.2.d) de la Ley 16/1989 .



Según igualmente afirmamos en la sentencia de 30 de septiembre de 2014 respecto del recurso de otra de las sancionadas, "[...] el tribunal, en este punto, llegó a la convicción de que habían sido suficientemente probados en la vía administrativa los efectos perjudiciales de una conducta de reparto del mercado y correlativa incidencia desfavorable en los precios cobrados a terceros, conducta que, siendo por su objeto suficiente para provocar aquéllos, de hecho los produjo".

No cabe olvidar, además, que entre los razonamientos del órgano sancionador sobre este punto, asumidos por la sentencia, se encuentra el que destacaba las correlativas ganancias ilícitas de las empresas concertadas, cuyos beneficios descendieron tras el cese en la conducta (afirma la Comisión Nacional de la Competencia que "la evidencia aportada por PWC prueba que después del cese del acuerdo en 2003, la rentabilidad de las empresas implicadas cayó significativamente en el periodo 2004-2006") en cuanto factores determinantes de la imposición de la multa en la cuantía ya referida.

E) Finalmente, el artículo 10.2 de la Ley 16/1989 señala también como criterio que debe tenerse en cuenta para la determinación de la multa la reiteración de las conductas prohibidas. A juicio de la recurrente "la sentencia recurrida ni siquiera responde a las alegaciones de mi representada a favor de su aplicación", pese a lo cual no ha dado a su queja el cauce procesal que le correspondería (de nuevo, la vía del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional).

En todo caso, la reiteración a la que se refiere este apartado del artículo 10.2 de la Ley 16/1989 es, lógicamente, un elemento de agravación de la responsabilidad, de modo que su ausencia no supone ningún factor de atenuación. El hecho de que "Hormigones Cántabros, S.L." no hubiese sido sancionada antes del acuerdo impugnado no constituye, pues, una circunstancia que deba reducir el importe de la sanción impuesta cuando a él se llega por la apreciación del resto de los elementos o factores incluidos en aquel precepto.

Noveno. - En el sexto y último motivo de su recurso "Hormigones Cántabros, S.L." denuncia la infracción del "principio de proporcionalidad de las sanciones regulado por el artículo 131 de la Ley 30/1992".

El desarrollo argumental del motivo se contrae, en su mayor parte, a hacer un elogiado repaso de algunas de las coordenadas interpretativas aplicables al cómputo de las multas, sujeto al principio de proporcionalidad. Trae a colación tanto los criterios establecidos por la Comisión Nacional de la Competencia en su "Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia", y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea", como las "Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17 y del apartado 5 del artículo 65 del Tratado CECA" adoptadas por la Comisión Europea y publicadas en el Diario Oficial de 14 de enero de 1998. Y se refiere igualmente a dos sentencias del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea en los asuntos T-36/05 y T-65/99.

A este respecto, baste con decir:

A) Que la antes citada comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia no resultaba aplicable al caso de autos, por razones temporales (se refiere al cálculo de las multas según los criterios de la Ley 15/2007, no de la Ley 16/1989), además de que aquella comunicación no tiene valor normativo vinculante.

B) Que las conductas colusorias sancionadas no tenían dimensión comunitaria, esto es, no afectaban al comercio entre Estados, razón por la cual no les era aplicable el Reglamento número 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, primer Reglamento de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, ni estos últimos artículos. *A fortiori*, tampoco lo eran las directrices de la Comisión para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del referido Reglamento que, por lo demás, tampoco tienen carácter vinculante ni su eventual infracción puede fundar un motivo casacional, precisamente porque no es una norma del ordenamiento jurídico.

C) En cuanto a las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea (en la actualidad, Tribunal General) que son citadas, se refieren precisamente a supuestos de actuación de la Comisión Europea en el marco de la aplicación de las normas comunitarias.

En todo caso el motivo no podrá ser acogido pues -al margen de la exposición de las ya citadas directrices y decisiones judiciales sobre la cuantificación de este género de sanciones- en lo que se refiere propiamente a la aplicación del principio de proporcionalidad al caso de autos se limita a afirmar, en síntesis, que la decisión del tribunal de instancia lo infringe por no tener en cuenta tanto las circunstancias favorables como las desfavorables. Sostiene que "ante la falta de concurrencia de todas ellas" (las favorables y las desfavorables) no debió aplicarse la sanción en grado máximo. Dado que precisamente sobre la aplicación de los factores determinantes de la multa, a tenor del artículo 10.2 de la Ley 16/1989, versaba el motivo quinto -que hemos rechazado- del que el sexto no es sino complemento, tampoco resulta posible acoger este último.



Décimo.- Procede, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso de casación con la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional . A tenor del apartado tercero de este artículo, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar hasta una cifra máxima de cinco mil euros la cantidad que, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a la parte contraria.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Primero.- Desestimar el recurso de casación número 3563/20111 interpuesto por "Hormigones Cántabros, S.L." contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional con fecha 12 de mayo de 2011 en el recurso número 638/2009 .

Segundo.- Imponemos a la parte recurrente las costas de su recurso en los términos precisados en el último de los fundamentos de la sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.