

Id. Cendoj: 28079130032013100143
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 29/05/2013
Nº de Recurso: 1312/2010
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Defensa de la competencia. Sanción por abuso de posición dominante.

Idioma:

Español

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Mayo de dos mil trece.

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 1312/2010 interpuesto por "CANARIAS EXPLOSIVOS, S.A.", representada por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, contra la sentencia dictada con fecha 10 de diciembre de 2009 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 676/2008 , sobre sanción por abuso de posición dominante; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado, y la ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS CONSTRUCTORES Y PROMOTORES DE LA PROVINCIA DE LAS PALMAS, representada por el Procurador D. Antonio R. Rodríguez Muñoz.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- "Canarias Explosivos, S.A." interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 676/2008 contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de febrero de 2008 que en el expediente 626/07 Canarias de Explosivos acordó:

"PRIMERO.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado la realización de una conducta restrictiva de la competencia prohibida por el art. 6.2.a) de la Ley de Defensa de la Competencia consistente en imponer precios inequitativos desde una posición de dominio.

SEGUNDO.- Imponer a Canarias de Explosivos S.A. una sanción de cuatrocientos setenta y tres mil euros.

TERCERO.- Ordenar a Canarias de Explosivos S.A. la publicación, a su costa y en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta resolución, de la parte dispositiva de la misma en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de información económica de dos diarios de información general de mayor circulación, uno de ámbito nacional y otro en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias.

En caso de incumplimiento de esta obligación por parte de Canarias de Explosivos S.A., se le impondrá una multa coercitiva de seiscientos Euros por cada día de retraso.

CUARTO.- En todo caso, Canarias de Explosivos S.A. acreditará y justificará ante la Dirección de Investigación de esta Comisión Nacional de la Competencia el puntual y correcto cumplimiento de todo lo acordado y dispuesto en los apartados anteriores."

Segundo.- En su escrito de demanda, de 18 de febrero de 2009, la entidad recurrente alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó que se dictase sentencia "por la que, estimando el presente recurso:

(i) declare no ser ajustada a Derecho la resolución recurrida, y en consecuencia la anule; o

(ii) subsidiariamente, declare no ser ajustada a Derecho la resolución recurrida en lo que se refiere a la sanción pecuniaria impuesta a Canarias Explosivos, S.A., y en su virtud anule el ordinal Segundo de la parte dispositiva de dicha resolución o, en su defecto, lo modifique reduciendo sustancialmente la sanción impuesta;

y en cualquiera de los casos anteriores, con expresa imposición de costas a la Administración demandada y ordenando a la CNC la publicación, a su costa, de la parte dispositiva de dicha sentencia".

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 24 de abril de 2009, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia que "desestime el recurso contencioso-administrativo declarando las resoluciones administrativas impugnadas conformes a Derecho, con condena en costas a la recurrente".

Cuarto.- La Asociación de Empresarios Constructores y Promotores de la Provincia de Las Palmas ("AECOP") contestó a la demanda con fecha 2 de octubre de 2009 y suplicó a la Sala "sentencia íntegramente desestimatoria de la demanda por ser conforme a Derecho la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia objeto de recurso".

Quinto.- 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 10 de diciembre de 2009, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por Canarias Explosivos, S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Ramón Rodríguez Nogueira, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 12 de febrero de 2008, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla

y la confirmamos, sin imposición de costas."

Sexto.- Con fecha 31 de marzo de 2010 interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 1312/2010 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: "al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA , por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de los artículos 9.3 y 24.1 de la Constitución Española ('CE ') en relación con los artículos 120.3 y 218.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ".

Segundo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 24.2 CE y del artículo 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ('LRJ-PAC '), por violación de la presunción de inocencia al omitirse del cómputo de costes de CESA un concepto de coste que la propia sentencia admite debe ser tenido en cuenta".

Tercero: al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional por "infracción de los artículos 33 y 67 LJCA , al haber incurrido la sentencia en incongruencia".

Cuarto: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 25.1 CE y de la doctrina constitucional aplicable al mismo, así como del artículo 6 LDC ".

Quinto: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 25.1 CE por apreciar la sentencia culpabilidad en la conducta de CESA".

Sexto: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción de los artículos 131 LRJ-PAC y 10 LDC ".

Séptimo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción de la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia comunitaria, que consagran el criterio de la capacidad económica del infractor como elemento de graduación de las sanciones administrativas".

Séptimo.- Por escrito de 14 de septiembre de 2010 el Abogado del Estado se opuso al recurso y suplicó su desestimación con imposición de las costas a la parte recurrente.

Octavo.- La Asociación de Empresarios Constructores y Promotores de la Provincia de Las Palmas se opuso igualmente al recurso con fecha 15 de septiembre de 2010 y suplicó a la Sala la confirmación de la sentencia recurrida con expresa imposición de costas a la recurrente.

Noveno.- Por providencia de 7 de febrero de 2013 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 21 de mayo 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 10 de diciembre de 2009 , desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Canarias Explosivos, S.A." (en lo sucesivo, CESA) contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 12 de febrero de 2008 que, tras considerarla culpable de una infracción tipificada en el artículo 6.2, letra a), de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia , le impuso una sanción de cuatrocientos setenta y tres mil euros.

En síntesis, la conducta por la que CESA fue sancionada había consistido en imponer a sus clientes en las Islas Canarias, principalmente empresas del sector de la construcción, unos precios "no equitativos" para los productos (explosivos) que les vendía, aprovechando abusivamente su posición de dominio en aquel mercado geográfico, en el que ostentaba la condición de distribuidor y comercializador único de explosivos.

Segundo.- Tal como los refleja la sentencia de instancia, los hechos que la Sala consideró probados y que, en principio, ya no son revisables en esta fase del proceso fueron los siguientes (fundamento jurídico segundo de la sentencia):

"1.- El 9 de mayo de 1968 Unión Española de Explosivos (hoy MAXAM) recibió la autorización para la distribución el depósito comercial de explosivos, autorización que fue traspasada a favor de CESA el 9 de agosto de 1974 con la debida aprobación del Ministerio de Industria. El grupo MAXAM es el propietario y titular reglamentario de los únicos depósitos comerciales de explosivos existentes en cada una de las Islas Canarias. CESA mantiene con MAXAM un Contrato de Distribución y de Gestión de Explotación cuyo ámbito territorial se extiende a la Comunidad Autónoma de Canarias y al que se anexa un contrato de arrendamiento de los depósitos comerciales. CESA viene operando en las últimas décadas como único distribuidor y comercializador de explosivos en las Islas Canarias y sólo distribuye productos de MAXAM. Este grupo es, por otra parte, el principal fabricante de explosivos de la Península.

2.- Las actividades mercantiles de CESA se desarrollan en los sectores agropecuario, minero y de obras de infraestructura e incluyen desde el año 2004 las transacciones inmobiliarias. La actividad de distribución de explosivos representa alrededor de un 20% del importe neto de la cifra de negocios de CESA.

3.- Los explosivos civiles tienen dos grandes campos de aplicación:

a) La minería y dentro de ésta, tanto las minas a cielo abierto o de interior, como las canteras, ya sean para fabricación de áridos, minerales industriales o rocas ornamentales.

b) La obra civil: construcción de carreteras, ferrocarriles, puertos y aeropuertos.

4.- La Dirección General de Minas manifiesta que el consumo de explosivos se reparte en términos aproximados un 61.5% en minería y el resto en obra civil.

5.- De los de materiales explosivos, Nagolita y Goma 2 suman el 90% del material explosivo utilizado en la voladura y a ellos se refiere fundamentalmente el expediente.

6.- CESA vende a los consumidores habituales mediante precios tarifados, diferentes para cada depósito comercial ubicados en cada una de las islas. En el expediente

constan las siguientes tarifas para los años del 2000 al 2005:

Nagolita (€/kg):

G. Canaria 4.1; 4.1; 4.6-5.1; 5.3 7.5; 8.2;

Lanzarote 3.9; 3.9; 4.5-5.2; 5.4-6; 7.3; 9.9;

Fuerteventura 3.9; 3.9; 4.5-5.2; 5-4.6; 7.3; 9.9;

Tenerife 3.4; 3.4; 3.7-4.3; 4.5-4.9; 6.3; 7.3; (2000-2003),

La Palma 4.5; 4.5; 5.7-6.6; 6.9-7.9; (2000-2003),

Goma 2 (€/kg)

G. Canaria 9.6; 9.6; 11.2-12.3; 12.8; 18.2; 20;

Lanzarote 11.7; 11.7; 13.4-15.4; 16-17.6; 21.8; 26.8;

Fuerteventura 11.7; 11.7; 13.4-15.4; 16-17.6; 21.2; 26.1;

Tenerife 13.6; 13.6; 14.9-17.1; 17.8-20.5; 25.4; 30.4;

La Palma 14.1; 14.1; 17.6-20.3; 21.1-24.3; (2000-2003).

7.- Los precios medios de venta que grupo MAXAM ha aplicado a clientes finales en Bilbao y Santander en los ejercicios 2000 a 2005 son los siguientes:

BILBAO

PRODUCTO

Nagolita (€/Kg) 0.62; 0.64; 0.66; 0,70; 0.73; 0.80;

Goma 2 (€/Kg) 2.08; 2.08; 2.24; 2.36; 2.45; 2:58;

SANTANDER Nagolita (€/kg) 0.76; 0.80; 0.82; 0.85; 0.89; 0.93;

Goma 2 (€/Kg) 2.70; 2.77; 2.86; 2.95; 3.04; 3.20;

8.- CESA aporta a requerimiento del Servicio como justificación de sus precios durante los años 2004 y 2005 los costes derivados de la adquisición del producto a MAXAM así como del transporte interinsular de éstos, durante los dos años citados. Dichos costes incluyen los precios FOB, el flete de la mercancía, la vigilancia en el transporte, los seguros, aduanas, acarreo y apilados y transporte en tierra. En definitiva, la puesta del producto en el polvorín. El Servicio concluye que los costes medios anuales de poner el producto en el polvorín (obtenidos directamente de la información aportada por CESA) están muy por encima de los precios medios según tarifa de la nagolita y la goma 2 en Canarias durante los años 2004 y 2005. En el caso de la nagolita el precio es un 270% en 2004 y un 352% en 2005 del coste medio y de un 434% en 2004 y un 330% en 2005 del coste medio de la goma 2.

9.- El 25 de noviembre de 2005 CESA anuncia a sus clientes el ajuste de los precios de algunas especialidades, que supone una bajada de al menos el 20% del precio de los productos hasta terminar el stock (folio 136 del expediente del Servicio, folio 29 del expediente del Tribunal). Existen en el expediente algunos elementos que llevan a concluir que la tendencia a la bajada o al mantenimiento de los precios ha tenido continuidad en el ejercicio siguiente, a pesar de la caída del consumo."

La Sala de instancia afirma al final del fundamento jurídico segundo de su sentencia que el relato de hechos probados no había sido desvirtuado por "el informe pericial de parte [...] pues es incuestionable la diferencia de precios en las Islas y la Península, así como la cuantificación de los costes en los términos aceptados por la resolución impugnada."

Tercero.- Sobre la base de estos hechos probados el tribunal de instancia fue, sucesivamente, rechazando las alegaciones de la demanda tanto en lo que se refiere a la tipicidad de la conducta (fundamento jurídico segundo) como a la constatación de la posición de dominio de la sociedad recurrente (fundamento jurídico tercero) y a la calificación de los precios como no equitativos (fundamento jurídico cuarto). En el último fundamento jurídico de la sentencia (por error también denominado cuarto) la Sala corroboró que la sanción administrativa había respetado el principio de proporcionalidad y las reglas legales aplicables para su determinación.

Frente a la sentencia que así se pronuncia la sociedad CESA interpone su recurso de casación aduciendo seis motivos, el primero de los cuales se formula, literalmente, "al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA ". Ocurre, sin embargo, que acto seguido el motivo denuncia el "quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de los artículos 9.3 y 24.1 de la Constitución Española ('CE ') en relación con los artículos 120.3 y 218.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil ('LEC ')". Y su encabezamiento culmina afirmando que la Sala de instancia ha infringido "las reglas de la sana crítica" en la apreciación de la prueba.

En el desarrollo argumental de este primer motivo CESA entremezcla de modo procesalmente indebido censuras heterogéneas. De un lado denuncia la "falta de motivación [de la sentencia], pues es evidente la falta de respuesta, siquiera somera, a las concretas alegaciones realizadas por CESA en su recurso contencioso-administrativo", y acto seguido, en el mismo motivo, pretende la "revisión en sede casacional de la incorrecta apreciación de la prueba". Tal modo de plantear un motivo de casación lo hace inadmisibles, según reiteradamente hemos afirmado, en cuanto acumula, sin la obligada distinción, reproches procesales que deben ser articulados a través del cauce del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional (quebrantamiento de las formas esenciales del juicio) con otros correspondientes al artículo 88.1.d), que es la vía procesal elegida en aquél.

Por lo demás, no es cierto que la sentencia "ignore el informe pericial por no desvirtuar la cuantificación de costes en los términos aceptados por la resolución impugnada". Al no haberse solicitado el recibimiento a prueba ni, por tanto, haberse practicado prueba pericial en la fase jurisdiccional (CESA se limitó a aportar cuatro documentos adjuntos a la demanda), la Sala podía, sin quebrar el principio de congruencia, hacer suyas las consideraciones y valoraciones que la Comisión Nacional de Competencia había expresado en su resolución sobre el informe aportado por CESA en el expediente sancionador.

Aun cuando ciertamente el juicio del tribunal se apoya en el contenido de la resolución

administrativa, varios de cuyos pasajes transcribe, explica también por qué, a su juicio, las alegaciones vertidas por CESA en el recurso contencioso administrativo, sobre la prueba de los hechos, debían ser rechazadas. De ahí que el primer motivo, si fuera admisible, debería ser desestimado en lo que contiene de censura por incongruencia. Y sería igualmente desestimado en lo que concierne a la valoración de la prueba pues la discrepancia de CESA con ella no puede válidamente fundar un motivo casacional si, como tantas veces hemos reiterado, no se basa sino en una diferente lectura de los informes y análisis económicos que sustentan las conclusiones de hecho, esto es, que conducen a fijar las cifras de costes, precios y beneficios de una determinada empresa en un determinado período temporal.

Siendo discutibles dichas cifras y conclusiones, como suele suceder en los litigios de esta naturaleza, su cuantificación no deja de ser un problema de hecho al que necesariamente debe poner fin la decisión judicial de instancia, sin posibilidad de ulterior revisión casacional (una vez desaparecido el error en la apreciación de la prueba como motivo de casación) a salvo los excepcionales casos de patente irrazonabilidad o arbitrariedad que en este caso no concurren.

Cuarto.- En el segundo motivo, bajo el amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, CESA considera que la Sala de instancia ha vulnerado "el artículo 24.2 CE y del artículo 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ('LRJ-PAC '), por violación de la presunción de inocencia al omitirse del cómputo de costes de CESA un concepto de coste que la propia sentencia admite debe ser tenido en cuenta".

En la introducción del motivo la defensa de CESA "aclara" que con él "no pretende impugnar la apreciación de la prueba por parte de la Audiencia Nacional: no se discute ni la existencia o ausencia de pruebas ni su valoración en la instancia, sino el hecho de que, dada la prueba y su valoración por parte de la Audiencia Nacional (incluida la admisión, por remisión, de que la prueba contiene errores fundamentales de cálculo), se impute a CESA una infracción del artículo 6 LDC. Dicho de otro modo, a efectos de este motivo de casación se dan por teóricamente válidos tanto los hechos como la valoración de los mismos que hace la Audiencia; pero como es la propia Audiencia Nacional la que, vistos los hechos y realizada su valoración, acaba confirmando la existencia de una infracción administrativa sobre la base de una prueba incompleta o imperfecta, incurre en infracción del artículo 24 CE y el artículo 137 LRJ-PAC."

Esta aclaración o "*excusatio*" inicial revela, como sucede con frecuencia, que el motivo se inspira realmente en lo que trata de presentar como ajeno a él. Y debe decaer pues la premisa de la que parte poco tiene que ver con la presunción de inocencia y sí, en cambio, con la apreciación de los hechos que el tribunal considera probados a la luz de las pruebas presentadas, incluida la pericial a la que anteriormente nos hemos referido.

En efecto, la Sala de instancia acepta, al transcribir la parte correlativa de la resolución, que frente a la tesis menos matizada del Servicio de Defensa de la Competencia era posible admitir la incidencia de algunos "costes generales" para determinar si el precio de los explosivos vendidos en las Islas Canarias era o no "equitativo". Lo que sucede es que su análisis de los costes admitidos, a efectos de realizar la comparación con los precios aplicados, se traduce en una apreciación de éstos últimos como manifiesta e injustificadamente desproporcionados en relación con aquéllos, a partir de ciertos datos objetivos que ulteriormente serán analizados.

La admisión de que los costes generales pueden ser utilizados en el cálculo va acompañada, acto seguido, de un minucioso examen por parte de la Comisión Nacional de Competencia de todos los elementos probatorios, a resultas del cual concluye manteniendo la desproporción de los precios con la suma total de costes (más beneficio), incluida la parte correspondiente de aquéllos. Y es esta apreciación de la prueba la que el tribunal de instancia corrobora para decidir, en definitiva, que la Administración había acreditado de modo suficiente los hechos que respaldaban las imputaciones efectuadas en el expediente sancionador. Siendo todo ello así, no se advierte en qué modo podría haberse vulnerado la presunción de inocencia, obviamente desvirtuada -como en este caso ocurre- si se han valorado los elementos de prueba necesarios para fijar la conducta objeto de reproche.

Quinto.- El tercer motivo de casación está planteado (esta vez de modo procesalmente correcto) al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional y en él se denuncia la "infracción de los artículos 33 y 67 LJCA , al haber incurrido la sentencia en incongruencia por no contestar propiamente a una alegación de la recurrente tendente a excluir la antijuridicidad de la conducta por la que fue sancionada por la CNC".

La falta de respuesta que CESA atribuye al tribunal de instancia lo es porque, a su juicio, no se ha pronunciado sobre la acusación de incongruencia que en la demanda había formulado, referida entonces a la Comisión Nacional de Competencia. En opinión de CESA, "la CNC había incurrido en incongruencia omisiva al no resolver sobre una alegación esencial esgrimida por CESA durante todo el procedimiento administrativo". La CNC no habría resuelto, afirmaba la demanda, si los precios de los explosivos además de "excesivos" eran "injustos".

El motivo debe ser desestimado. La Sala de la Audiencia Nacional da una respuesta explícita a la correlativa alegación de CESA cuando en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia expresa, literalmente, que "[...] no es cierto la afirmación de la demanda en relación a que no se ha analizado por la CNC, además, si los precios son injustos, como exige la jurisprudencia del TJCE". En otro pasaje del mismo fundamento jurídico el tribunal de instancia de nuevo se refiere -y transcribe parte de la resolución administrativa sobre esta cuestión- a la "valoración de la injusticia de los precios" que la Comisión Nacional de Competencia había realizado

La Sala de instancia no incurre, pues, en incongruencia omisiva; antes al contrario rechaza de modo específico el argumento de la demanda sobre la supuesta incongruencia de la Comisión Nacional de Competencia por no haber tratado acerca de la "injusticia" de los precios. Ello basta, por sí solo, para no acoger el reproche de quebrantamiento de las formas esenciales del juicio planteado en este motivo, cualquiera que fuera el error o el acierto de aquella respuesta explícita. Resulta, además, que el contenido de la respuesta dada en la sentencia es acertado pues tampoco la Comisión Nacional de Competencia había omitido evaluar la alegación que, en el mismo sentido, formulara CESA en la vía administrativa.

En efecto, una de las líneas de defensa de CESA había consistido en mantener que, para la hipótesis de que los precios aplicados a sus productos fueran considerados excesivos, la Comisión Nacional de Competencia debía demostrar que dichos precios carecían de justificación objetiva. A su juicio, esa exigencia derivaba de la "jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativa a la interpretación del artículo 82.a) del Tratado CE , hoy artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ". Pues bien, este enfoque es asumido por la

Comisión Nacional de Competencia cuando, al examinar los criterios que va a tener en cuenta para la aplicación del tipo sancionador, expresamente afirma que tras determinar el nivel de precios aplicados "procede constatar su carácter abusivo analizando si existe una justificación objetiva para los precios observados".

A partir de esa premisa la Comisión Nacional de Competencia va exponiendo en su resolución de modo sucesivo y hasta exhaustivo (la resolución es ejemplar en el tratamiento de las cuestiones objeto de debate) por qué considera que las explicaciones facilitadas por CESA no eran suficientes para "justificar" tanto la manifiesta desproporción entre precios y costes como las diferencias de precios finales aplicados en las Islas Canarias y en la Península a los mismos explosivos, entre otros factores relevantes. Es más, bien pudiera decirse que la mayor parte de la resolución impugnada en la instancia versaba precisamente -para rechazarlas- sobre las alegaciones de la parte recurrente dirigidas a exponer lo que consideraba "justificación" de sus precios.

En suma, si ya era gratuito el reproche de incongruencia omisiva que CESA dirigía en su demanda a la resolución de la Comisión Nacional de Competencia, lo es doblemente el que ahora dirige a la sentencia de instancia.

Sexto.- El cuarto motivo de casación es el verdadero núcleo del recurso pues afronta directamente si la conducta enjuiciada podía ser calificada y tipificada tal como lo fue. El motivo se ampara en el artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional y denuncia formalmente la "infracción del artículo 25.1 CE y de la doctrina constitucional aplicable al mismo, así como del artículo 6 LDC ". En realidad, sobre la aplicación de este último precepto de la Ley 16/1989 gira su desarrollo argumental.

Al comienzo de su exposición (epígrafe 102 del recurso) CESA reconoce que la sentencia impugnada corrobora la sanción impuesta porque los precios aplicados "en el periodo abarcado son excesivos [...] según los hechos que se tienen por acreditados en la resolución de la CNC". Admite igualmente como factores clave determinantes de esta apreciación que "(i) dichos precios eran hasta cuatro veces superiores a los costes de CESA y (ii) existían diferencias de más del 200% entre los precios de los explosivos en la Península y los precios aplicados por CESA a estos mismos productos en Canarias".

Sentado lo anterior y tras "asumir teóricamente que efectivamente los precios de CESA eran significativamente más elevados que los precios de la Península y que los propios costes de CESA", la recurrente critica la conclusión de la Sala de instancia porque, a su entender, "no ha valorado jurídicamente por qué la significativa diferencia entre los precios de Península y Canarias, por un lado, y entre los costes y precios de CESA, por otro, permite concluir que CESA ha impuesto precios excesivos. En otras palabras, la Audiencia Nacional simplemente llega a la conclusión de que los precios de CESA eran un 200% más elevados que los precios de la Península, pero no motiva por qué esa diferencia del 200% es 'excesiva' (y mucho menos 'inequitativa') a efectos del artículo 6 LDC (es decir, no tiene el ius). La sentencia se queda así en la constatación de un factum, pero no proporciona el ius".

Este planteamiento argumental no es aceptable en la medida en que reduce, de modo sesgado, las razones que tanto la Comisión Nacional de la Competencia como la propia Sala expusieron en sus respectivos pronunciamientos. En especial, la resolución administrativa que la Sala refrenda contiene un concienzudo análisis de las cuestiones planteadas, incluida precisamente (a partir del fundamento de derecho noveno) la

exposición de los problemas "prácticos y conceptuales" que plantea la tipificación, como conducta sancionable, de la exigencia de precios inequitativos por parte de las empresas que gozan de una situación de dominio del mercado. El hecho de que, como bien afirma la recurrente, sean "contados" los casos en que esta conducta ilícita haya sido depurada no significa que la norma que la tipifica no exista o pueda devenir inoperante, ni dispensa al intérprete de descubrir su significado y aplicarla.

El reproche sancionador se basa, efectivamente, en aquellas dos circunstancias clave pero no sólo en ellas. El análisis de costes (incluida la parte correspondiente de los generales, así como los derivados del transporte de los explosivos a las islas y su custodia en los polvorines) y su contraste con los precios "efectivos" (esto es, no ya con los precios de tarifa sino con los aplicados tras los eventuales descuentos) abona la conclusión de que éstos son desproporcionados e injustificadamente elevados respecto de aquéllos. Las diferencias entre los precios insulares y peninsulares, para los mismos productos, son igualmente inexplicables y no justificadas ni por el transporte ni por el resto de factores que la Comisión Nacional de la Competencia analiza en relación con el carácter "ultraperiférico del territorio canario". Se rechaza igualmente que la caída de la demanda implique un coste adicional que debiera ser compensado con el incremento del precio unitario, para mantener la viabilidad de la empresa. Y, en fin, se describe cómo, tras la presentación de la denuncia, CESA procedió a un ajuste de precios de sus productos a la baja, de entre un 20 y un 40 por ciento, tendencia que se mantuvo en ejercicios posteriores.

Con todo, hay algunas afirmaciones contenidas en el motivo que son correctas, como aquella en que -con cita de las de la Comisión Europea respecto de conductas análogas sancionables a título del artículo 82 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea - se previene de la utilización de estos tipos como mecanismo de "control sistemático de los precios". Lo cual no impide que, ante denuncias de abusos efectivos y concretos, las autoridades responsables de la defensa de la competencia deban inhibirse. De hecho, la propia jurisprudencia comunitaria ha ido dibujando los perfiles de aquel tipo sancionador, precisamente a los efectos de su aplicación efectiva. Si es legítimo que desde otros puntos de vista se ponga en duda la conveniencia de mantener esta figura, auspiciando que la encomienda del "control de precios" debería quedar limitada tan sólo a la autoridades regulatorias (creadas precisamente para contrarrestar la fuerza de los monopolios preexistentes), lo cierto es que en el catálogo de infracciones sancionables, tanto nacional como comunitario, subsiste esta categoría de abusos como ilícitos anticoncurrenciales.

Aunque en este caso no ha sido imputada la vulneración de las disposiciones comunitarias relativas a los abusos de posición de dominio, los criterios que utiliza la Comisión Nacional de la Competencia en la resolución objeto de litigio son coherentes con aquella jurisprudencia, a la que hace continuas referencias -después asumidas por el tribunal de instancia- cuando precisa los criterios utilizables para discernir si unos precios son "abusivos" en el sentido del artículo 6.2 de la Ley 16/1989 .

Desde esta perspectiva, la relativa "indeterminación del concepto" a la que alude la recurrente queda debidamente colmada cuando se fijan pautas que, siendo consistentes con el análisis económico, también lo son con el sentido común y la percepción "media" de lo que supone un abuso en esta materia. El empleo de criterios estructurales como son la previa situación de monopolio o cuasi monopolio, la existencia de barreras de entrada que impidan la competencia de nuevos operadores y la existencia de otros factores que determinen la inelasticidad de la demanda, configuran la situación de partida sobre cuya base debe hacerse el juicio acerca de si

los precios aplicados en aquellas condiciones del mercado son o no excesivos y carentes de justificación adecuada.

A estos últimos efectos, la Comisión Nacional de la Competencia utiliza el principio, tomado del párrafo 249 de la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978 en el asunto 27/76 (United Brands Company contra la Comisión), de que "estaremos en presencia de unos precios excesivos cuando el operador, haciendo uso de su posición de dominio, obtiene unos beneficios que no habría obtenido de haber habido una competencia suficiente". Para ello cabe emplear como técnicas o criterios de comparación o bien la referida a los costes del producto (a efectos de verificar si los márgenes son muy elevados), que pueden no ser de suyo concluyentes, o bien la comparación con otros precios del mismo producto en situaciones de competencia, o en otros mercados geográficos, o para otros períodos de tiempo. Y tras estas dos operaciones aún queda la de dilucidar si existe una justificación objetiva -distinta de la mera intención del empresario de elevar al máximo sus beneficios- que explique el nivel de precios aplicado. La Comisión Nacional de la Competencia advierte, con prudencia, que normalmente habrá que proceder a valorar el conjunto de criterios, estructurales y de comparación, para obtener la respuesta adecuada, como así hace en su resolución (a partir del fundamento jurídico décimo).

CESA no llega a oponer en este motivo argumentos de peso frente al análisis de la Comisión Nacional de la Competencia. Tras una exposición general sobre los conceptos jurídicos indeterminados (epígrafes 105 a 108 de su recurso) aduce que "es inherente a la condición de empresa dominante o monopolista establecer sus precios por encima del nivel de precios que existiría en competencia", por lo que "no cabe sancionarla por este solo hecho, sino que se deberá demostrar que ha establecido sus precios notablemente por encima no ya del precio teórico de mercado, sino del precio de monopolio (superior por definición al de mercado)". Y concluye que la sentencia incurre en un "déficit explicativo especialmente susceptible de reproche cuando la jurisprudencia del TJUE ha aportado una pauta de concreción del tipo sancionador 'precios excesivos' que la Audiencia Nacional, aun conociéndola y habiéndola acogido como propia a efectos de la interpretación del artículo 6 LDC , declinó seguir en este caso".

Ninguna de ambas afirmaciones puede ser compartida.

A) La primera supondría atribuir al monopolista, sin más, la capacidad ilimitada de determinar sus precios obviando la prohibición de abuso de su situación privilegiada, pues los "precios de monopolio" no están sujetos, en buena lógica, a los condicionantes para su formación que derivan del libre juego del mercado. Esta es la razón por la que, en presencia de barreras de entrada, o bien el monopolio se somete a la intervención específica de las autoridades reguladoras o bien a la cláusula general que impide el abuso de explotación consistente en la imposición de "precios inequitativos".

B) En cuanto a la segunda, la Sala de instancia ha expuesto, con remisión al contenido del acto impugnado y a sus propias consideraciones, por qué confirma la sanción a CESA tras interpretar y aplicar al caso los conceptos jurídicos que integran el tipo sancionador del artículo 6.2 de la Ley 16/1989 , en los términos que ya han sido descritos. No incurre, por lo tanto, en la infracción de los "principios de tipicidad, antijuridicidad y cognoscibilidad" que indebidamente se le imputa cuando concreta, para un caso singular, las exigencias de la noción de "precios inequitativos" contenida en aquel artículo y juzga que los exigidos por CESA en un nivel

desproporcionadamente alto carecían de otra justificación objetiva que no fuera la de prevalerse de su inexpugnable superioridad o posición de monopolio incontestable.

Séptimo.- El quinto motivo de casación se formula al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional y en él se denuncia nuevamente la "infracción del artículo 25.1 CE ", ahora "por apreciar la sentencia culpabilidad en la conducta de CESA".

La defensa de esta sociedad critica que la Sala "considere probada la culpabilidad de CESA aludiendo a su voluntad y conciencia, cuestiones que deben valorarse a efectos del dolo y por tanto en sede de tipicidad" (sic). Y añade que el tribunal "deja imprejuzgada la cuestión de la culpabilidad de CESA, que debe medirse en el presente caso por referencia a la cognoscibilidad de la ilicitud de su conducta, teniendo en cuenta la especial indeterminación de la norma supuestamente infringida (el artículo 6 LDC) y, por ende, la razonable posibilidad de incurrir en error de Derecho".

Ninguna de ambas premisas puede ser compartida. El juicio sobre la concurrencia de dolo o negligencia no corresponde tanto al análisis objetivo de la conducta para incardinarla en uno de los tipos de infracción (salvo que el tipo exija un dolo específico) cuanto al análisis de los componentes subjetivos de dicha conducta, esto es, de los determinantes de la culpabilidad. Y si la parte que ahora recurre consideraba que la sentencia "había dejado imprejuzgada la cuestión de la culpabilidad de CESA" por no analizarla desde el prisma del error, lo procedente era haber utilizado el cauce procesal del artículo 88.1.c) para censurar la incongruencia omisiva en que el tribunal habría supuestamente incurrido.

Por lo demás, la lectura de los epígrafes correlativos de la demanda (números 198 a 201) pone de manifiesto que ante la Sala de instancia lo único que adujo la defensa de la recurrente fue, en términos muy generales, que la Comisión Nacional de la Competencia no había valorado su culpabilidad y que "no habiéndose establecido en la resolución la existencia de una conducta dolosa por parte de CESA, necesariamente se debe entender que la CNC la ha sancionado a título de culpa lo que debería haber tenido reflejo en el importe de la sanción". La respuesta, congruente, del tribunal de instancia fue que la culpabilidad resultaba "[...] acreditada en la medida en que depende de la voluntad y conciencia de la actora -a través de sus órganos de representación- el establecimiento de los precios".

En fin, no pueden acogerse las alegaciones del motivo sobre "la dificultad de conocer a partir de qué nivel el precio puede ser considerado excesivo", como elemento que inhibiría la culpabilidad o generaría "el error de prohibición de CESA [...] vencible o invencible". Lo que se acreditó en este caso fue una práctica de explotación abusiva de la posición de dominio -de monopolio, en realidad, dado el ámbito geográfico- que, aprovechada en su beneficio, permitió a CESA aplicar deliberadamente, durante un período de tiempo continuado, precios de venta muy por encima de cualquier nivel mínimo que pudiera razonablemente admitirse. La alegación de la recurrente podría ser tomada en consideración si el nivel de precios juzgados "inequitativos" estuviera en una zona de incertidumbre, más o menos próxima a los precios justificables, pero no cuando la desproporción es tan manifiesta como la que se demostró en el supuesto de autos.

Se trataba, según la apreciación de la Sala al corroborar la decisión administrativa, de precios no sólo muy desproporcionados con sus costes sino particularmente gravosos para los clientes "cautivos" -dadas las barreras o restricciones de entrada- de las Islas Canarias respecto de los aplicados en la Península, sin que esta diferencia tuviera

justificación económica o de otro tipo suficiente, una vez computados los costes correspondientes al alejamiento de las islas o al transporte del producto, entre otros factores apreciables. En estas condiciones, no hay base suficiente para excluir la culpabilidad de la empresa pues esta debía necesariamente ser consciente de que, dado su papel de monopolista en el mercado insular, no le era lícito imponer, sin réplica posible, unos precios de aquellas características a quienes necesitaban los explosivos para su actividad económica.

Octavo.- En el sexto motivo de casación, también por la vía del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, CESA censura la "infracción de los artículos 131 LRJ-PAC y 10 LDC por cuanto en la imposición de la sanción no se ha tenido en cuenta el principio de proporcionalidad de la misma, ya que no se guarda la debida proporción con la importancia o entidad de la infracción".

La Sala de instancia había considerado que la sanción impuesta era proporcional al abuso de posición de dominio, sobre la base de que concurrían en él la situación de monopolio, la duración de la conducta "a largo de dos años, lo que agrava la conducta" y el hecho de que hubiera "afectado a un mercado geográfico amplio, las Islas Canarias", todo lo cual justificaba, a su juicio, "la imposición de la sanción en el 10%, que es la máxima posible".

Por su parte, la Comisión Nacional de la Competencia, tras recordar que el artículo 10 de la Ley 16/1989 le autorizaba "para imponer a los agentes económicos infractores multas de hasta 901.518 euros, que pueden ser incrementadas hasta el 10 por ciento del volumen de ventas correspondiente a las empresas sancionadas", destacó que la infracción tenía en este caso "un carácter muy grave, por cuanto se trata de una conducta de abuso de posición de dominio desarrollada por una empresa en posición de monopolio. Asimismo, el Consejo considera que el cálculo de la sanción debe atender al tamaño del mercado en el que se produce la conducta. Por ello, para el cálculo de la sanción el Consejo toma en cuenta el volumen de negocios de CESA en el negocio de explosivos en las Islas Canarias en el ejercicio 2005, último año para el que se encuentra acreditada la práctica en el expediente, y aplica un porcentaje del 10%, lo que se traduce en una sanción de 473.000 euros".

Dejando al margen las cuestiones relativas a la capacidad económica de la recurrente (sobre las que versará el siguiente motivo) no apreciamos que la Sala de instancia haya incurrido en la infracción que se le imputa. La única censura que hace la recurrente en este punto es que la sentencia recurrida "no determina el quantum del exceso" y que ésta debía ser una de las "principales circunstancias para valorar la gravedad o entidad de la infracción". Pero no es necesario fijar con toda precisión el nivel exacto a partir del cual se produce dicho exceso cuando, por el contrario, las cifras de precios aplicados en este supuesto multiplican, en los términos que ya han sido analizados, los que CESA exigía en la Península y desbordan, con mucho, los correspondientes a sus propios costes y al margen de beneficio razonable que, en situación de competencia, hubiera podido alcanzar.

La multa ha sido impuesta, pues, dentro de los límites que prescribe el ya citado artículo 10 de la Ley 16/1989 y se ha atendido a la exigencia, derivada del principio de proporcionalidad, que impone modular el importe de la sanción en función de los criterios aplicables a las infracciones muy graves.

Noveno.- En el séptimo motivo de casación, también al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, CESA considera que la Sala de instancia incurre en "infracción

de la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia comunitaria, que consagran el criterio de la capacidad económica del infractor como elemento de graduación de las sanciones administrativas".

La exposición de este último motivo se reduce a poco más que la transcripción parcial de dos sentencias del Tribunal Constitucional (ninguna del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pese a que en su encabezamiento se alegue la infracción de "jurisprudencia comunitaria") de las cuales:

A) La primera (sentencia constitucional 76/1990) rechazó la censura de inconstitucionalidad del artículo 82.b) de la Ley General Tributaria en la nueva redacción dada por el artículo 4 de la Ley 10/1985 , a tenor del cual las sanciones tributarias se graduarán atendiendo en cada caso concreto, entre otros criterios, a la capacidad económica del sujeto infractor. El Tribunal Constitucional se limitó a afirmar que este último criterio era compatible con la Constitución tras advertir que "[...] no hay una relación unívoca, directa y automática entre capacidad económica y gravedad de la sanción, como parecen entender los Senadores recurrentes; antes bien, según las circunstancias que concurran en cada caso, la sanción que se imponga al infractor vendrá determinada por el empleo de muy diversos criterios, y no siempre o no sólo por el de la capacidad económica del sujeto infractor".

B) La segunda (sentencia constitucional 19/1988) no se refiere a las sanciones administrativas sino al artículo 91 del Código Penal , tras la redacción que había recibido en la Ley Orgánica 8/1983, cuya constitucionalidad era cuestionada por un juzgado de instrucción en lo que se refería a la regulación de la responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago de las penas de multa. El Tribunal Constitucional rechaza la cuestión porque advierte, entre otras muchas consideraciones, que el artículo 91 del Código Penal "no impide al juzgador atender, al dictar la condena de multa y al disponer sobre su ejecución, a las específicas condiciones económicas de quien haya, como culpable, de sufrirla".

Pues bien, tras la cita de dichas sentencias CESA limita su motivo de casación a afirmar que, vistos su balance y cuenta de resultados (que ni siquiera comenta, remitiéndose sin más a un documento adjunto a la demanda no correspondiente al año de los hechos sino a otro posterior, el ejercicio de 2007), "es evidente la escasa capacidad económica del infractor". Dicho lo cual critica la sentencia recurrida porque "en la medida que prescinde de la capacidad económica del infractor en la graduación de la multa, está infringiendo la doctrina constitucional reseñada que claramente exige tomar en consideración dicho factor en la imposición de las sanciones penales o administrativas".

Ni de las sentencias citadas se puede obtener el principio general que extrae la recurrente ni el criterio de la capacidad económica del infractor está ausente del artículo 10 de la Ley 16/1989 -o de la resolución administrativa confirmada por la sentencia de instancia- que precisamente toma en consideración el volumen o cifra de negocios de la entidad sancionada, en cuanto factor relacionado con aquella capacidad, para limitar hasta un determinado porcentaje de dicha cifra el importe de la multa. El motivo, en consecuencia, debe ser desestimado.

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 tres 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 cada una de las partes contrarias.

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

FALLAMOS

Primero.- Desestimar el recurso de casación 1312/2010 interpuesto por "Canarias Explosivos, S.A." contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional con fecha 10 de diciembre de 2009 en el recurso número 676 de 2008 .

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.