

Id. Cendoj: 28079230062011100314
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 30/06/2011
Nº de Recurso: 510/2009
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: LUCIA ACIN AGUADO
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Defensa de la Competencia. Prescripción, duración información reservada, caducidad y proporcionalidad.

SENTENCIA

Madrid, a treinta de junio de dos mil once.

Visto el recurso contencioso administrativo nº 510/09 que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo

de la Audiencia Nacional ha promovido CANTERAS DE SANTANDER SA representada por el Procurador D. Manuel Lanchares

Perlado contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 22 de julio de 2009 (expediente 648/08)

sobre conductas prohibidas por el artículo 1 de la LDC (ley 16/1989). La Administración demandada ha estado representada y

defendida por el Sr. Abogado del Estado. La cuantía del recurso es indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 4 de septiembre de 2009 la representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso- administrativo contra dicho acto 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 4 de mayo de 2010 la parte solicitó:

(i) se declare la disconformidad a derecho y, en consecuencia, anule íntegramente la resolución del Consejo de la CNC de 22 de julio de 2009, recaída en el

expediente 648/08 Hormigones Cántabros, declarando la prescripción de la infracción.

(ii) subsidiariamente, se declare la disconformidad a derecho y, en consecuencia, anule íntegramente la resolución del Consejo de la CNC de 22 de julio de 2009 recaída en el expediente 648/08 Hormigones Cántabros, declarando la caducidad del procedimiento y el archivo de las actuaciones

(iii) subsidiariamente, se declare la disconformidad a Derecho y, en consecuencia, anule, el resuelve segundo de la resolución del Consejo de la CNC de 22 de julio de 2009 recaída en el expediente 648/08 Hormigones Cántabros en la medida en que la multa que se impone a Canteras de Santander SA de 644.180 euros, vulnera el principio de proporcionalidad en relación con el artículo 10.2 LDC, y por ello, no imponga multa alguna o sustitúyala por una que tenga en cuenta la reducida dimensión del mercado afectado y la menor dimensión geográfica respecto de lo declarado por la CNC, la ausencia de efectos sobre el mismo, la colaboración de CANDESA y el hecho de que la conducta colusoria finalizó de manera espontánea.

SEGUNDO: Se emplazó al Abogado del Estado para que contestara la demanda, lo que hizo mediante escrito de 13 de septiembre de 2010 en el que solicitó la desestimación del recurso.

Solicitado el recibimiento a prueba y practicadas las declaradas pertinentes. una vez presentadas conclusiones quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se efectuó para el 28 de junio de 2011

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.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO: El acto impugnado en este recurso contencioso-administrativo es el acuerdo dictado por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia el día 22 de julio de 2009 en el Expediente 648/08 HORMIGONES CANTABROS con la siguiente parte dispositiva:

"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 CANTERAS DE SANTANDER S.A.; ÁRIDOS Y HORMIGONES DEL DEVA, S.A.; HORMIGONES CÁNTABROS, S.A.; HONGOMAR S.A.; CANTERAS Y HORMIGONES QUINTANA; FERNÁNDEZ ROSILLO Y CIA, S.L.; HORMIGONES Y MINAS S.A. y TRACMAN, S.L, esta empresa los dos últimos años del antes citado periodo.

SEGUNDO.-. Imponer a CANTERAS DE SANTANDER S.A. una multa de seiscientos cuarenta y cuatro mil ciento ochenta euros (644.180€); imponer a ÁRIDOS Y HORMIGONES DEL DEVA, S.A. una multa de ciento cuarenta y un mil novecientos setenta euros (141.970€); imponer a HORMIGONES CÁNTABROS, S.A. una multa de setecientos ochenta y cinco mil treinta euros (785.030€); imponer a HONGOMAR S.A.

una multa de trescientos veintisiete mil novecientos euros (327.900€); imponer a CANTERAS Y HORMIGONES QUINTANA una multa de trescientos trece mil ochocientos cincuenta euros (313.850€); imponer a FERNÁNDEZ ROSILLO Y CIA, S.L. una multa de doscientos sesenta y un mil doscientos diez euros (261.210€); imponer a HORMIGONES Y MINAS S.A. una multa de ciento ochenta y dos mil ochocientos veinte euros (182.820€) e imponer a TRACMAN, S.L. una multa de ciento cincuenta y nueve mil trescientos noventa euros (159.390 €).

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

CUARTO.- Imponer a cada una de las empresas sancionadas 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 nacional y otro de la Comunidad Autónoma Cantabria.

En caso de incumplimiento por parte de alguna empresa se impondrá una multa coercitiva de seiscientos Euros por cada día de retraso.

QUINTO .- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento de esta Resolución. Las empresas sancionadas acreditarán y justificarán 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: Los motivos de impugnación alegados por la recurrente, son los siguientes:

a) Prescripción de la infracción. Existencia de caducidad impropia por haberse paralizado la actuación de la CNC durante más de un mes por causa no imputable al interesado.

b) La caducidad del procedimiento sancionador porque desde que se inició la fase de información reservada hasta que se inició formalmente el expediente sancionador, transcurrieron casi 18 meses.

c) La caducidad del procedimiento al transcurrir más de doce meses desde que el expediente fue admitido a trámite hasta que se notificó la resolución sancionadora.

d) La infracción del principio de proporcionalidad.

TERCERO: La secuencia de antecedentes recogidos por la resolución recurrida y que las partes no han impugnado es la siguiente:

1. El 5 de enero de 2006 el entonces Servicio de Defensa de la Competencia (ahora Dirección de Investigación) tuvo acceso a cierta documentación (lo que el Informe Propuesta denomina documentos AFACOR) que supuestamente reflejaba la existencia de conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989 entre diversas empresas productoras y comercializadoras de hormigón en Cantabria.

2. Para investigar estas conductas se abrieron diligencias previas. El 27 de

junio de 2006 se llevó a cabo una inspección en ocho empresas supuestamente implicadas con el fin de verificar la abundante información a que se había tenido acceso y contribuir a interpretarla.

3. Habiendo encontrado indicios que confirmaban la autenticidad de los documentos de AFACOR, el entonces Servicio de Defensa de la Competencia ordenó una segunda inspección los días 26 y 27 de junio de 2007 y mediante providencia de fecha 26 de junio de 2007, acordó la incoación de expediente sancionador contra las empresas de hormigón de Cantabria ("las ocho empresas"): CANTERAS DE SANTANDER S.A (CANDESA), HORMIGONES CÁNTABROS, S.A. (CÁNTABROS), HONGOMAR, S.A. (HONGOMAR), CANTERAS Y HORMIGONES QUINTANA, S.A (QUINSA), FERNÁNDEZ ROSILLO Y CÍA, S.L. (ROSILLO), AGLOMERADOS DE CANTABRIA, S.A. (TRASMIERA), TRACMAN S.L (TRACMAN) Y ÁRIDOS Y HORMIGONES DEL DEVA, S.A (DEVASA).

4. Mediante Providencia del Director de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 10 de diciembre de 2007, se sobreseyó parcialmente el expediente respecto a AGLOMERADOS DE CANTABRIA, S.A. y se amplió la incoación del expediente a HORMIGONES Y MINAS S.A. (H y M).

5. El 12 de mayo de 2008 la Dirección de Investigación formuló y notificó a las partes el Pliego de Concreción de Hechos al cual las empresas formularon alegaciones. El 17 de junio de 2008 la Dirección de Investigación remitió al Consejo el Informe- Propuesta y el expediente por ella instruido.

De la lectura de la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia impugnada resulta que en el fundamento de derecho segundo "conductas imputadas" se señala:

"Ha quedado acreditado que las empresas CANDESA, CÁNTABROS, HONGOMAR, QUINSA, ROSILLO, TRASMIERA, TRACMAN y DEVASA han mantenido y ejecutado un acuerdo de reparto del mercado cántabro del hormigón premezclado entre marzo de 1993 y marzo de 2003.

Ha quedado acreditado que, en el marco del acuerdo de reparto de mercado, las mismas empresas han pactado el intercambio de información sobre clientes morosos y consentir una prohibición de suministro a los mismos.

Ha quedado acreditado que las empresas ROSILLO y QUINSA han hecho uso del acuerdo precedentemente citado instando al gestor del cártel a divulgar la prohibición de suministro a determinados clientes.

Ha quedado acreditada, en fecha anterior a su autorización por el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia, la existencia de un contrato-tipo para suministro de hormigón y que la empresa CÁNTABROS ha solicitado este texto a la empresa HONGOMAR y esta última se lo ha facilitado.

Ha quedado acreditado que la empresa ROSILLO ha participado en un acuerdo de reparto de, al menos, parte del mercado del hormigón premezclado en Cantabria entre marzo de 2004 y la primera quincena de diciembre de 2005."

CUARTO: La actora sostiene que la infracción imputada ha prescrito y ello porque según el art. 12 de la Ley de Defensa de la Competencia

16/1989 , de aplicación al supuesto enjuiciado según lo previsto en la D.T.1ª de la Ley 15/2007 , el plazo de prescripción de las infracciones es de cuatro años desde el día en que se hubiere cometido la infracción y quedará interrumpido " por cualquier acto del Tribunal o del Servicio de Defensa de la Competencia, con conocimiento formal del interesado tendente a la investigación, instrucción o persecución de la infracción". Considera que es de aplicación al caso el artículo 132 apartado 2 de la Ley 30/1992 de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento administrativo común según el cual "El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido. 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".

La parte recurrente está conforme en que 1) el inicio del plazo de prescripción es el 1 de abril de 2003 puesto que las conductas cesaron el marzo de 2003 fecha en que se disolvió el cartel y que 2) la inspección domiciliaria desarrollada en el marco de una fase de investigación reservada es un hecho que interrumpe la prescripción ya que si bien con carácter general las actuaciones realizadas durante la fase de diligencias previas a la iniciación de un procedimiento sancionador no interrumpen el plazo de prescripción en este caso existe una regla específica en el artículo 12 de la Ley de Defensa de la Competencia que establece que la prescripción se interrumpe por cualquier acto del Tribunal o del Servicio con conocimiento formal del interesado tendente a la investigación de la infracción. Por tanto la prescripción se interrumpió con la inspección domiciliaria de 27 de junio de 2006 pero entiende el recurrente (y es aquí donde se produce la discrepancia) que dado que la siguiente actuación llevada a cabo por el SDC consistente en el inicio del expediente sancionador (26 de junio de 2007) se produjo transcurrido un mes desde la inspección domiciliaria (27 de junio de 2006), el 27 de julio de 2007 se reanudó el plazo de prescripción de 4 años iniciado el 1 de abril de 2003 que la Inspección domiciliaria de 27 de junio de 2006 había interrumpido y por tanto la prescripción se produjo el 30 de abril de 2007. Es decir aplicando el artículo 132.2 de la Ley 30/92 al caso supondría que al mes de realizada la Inspección, el 28 de julio de 2006 ante la supuesta inactividad de la Dirección de Investigación y la falta de conocimiento formal de las partes de ningún acto se habría reanudado el cómputo del plazo de prescripción, de esta forma el plazo habría concluido el 1 de mayo de 2007

Tal como señala la resolución recurrida no resulta aplicable el artículo 132 apartado 2 de la Ley 30/92 por cuanto se refiere al supuesto en que se produzca una paralización de más de un mes del " procedimiento sancionador " y en este caso se analiza la posible prescripción por demora en la tramitación de las diligencias previas, es decir antes del inicio del procedimiento sancionador. No es necesario por tanto analizar el alcance del concepto "reanudar " utilizado en dicho artículo sobre el que existe discrepancia entre las partes ya que no se refiere a ese supuesto de hecho.

QUINTO: Se alega en segundo lugar la desproporcionada duración de la fase de información reservada con la consecuencia de que se ha producido la caducidad del procedimiento sancionador ya que desde que se inició la fase de información reservada hasta que se inició formalmente el expediente sancionador, transcurrieron casi 18 meses. Sobre esta cuestión ya nos hemos pronunciado en la

sentencia de 12 de mayo de 2011 (recurso 508/2009) referida a la misma resolución recurrida en la que el recurrente era otra empresa sancionada y en la que dijimos literalmente lo siguiente:

"Sobre la influencia o consecuencias para la caducidad del procedimiento sancionador en materia de Defensa de la Competencia y sobre ese cómputo del período previo de actuaciones de información reservada, esta Sala (sentencia de 31 de marzo de 2010) ha fundado su decisión en la doctrina que ha establecido el Tribunal Supremo, en su sentencia de 26 diciembre 2007 (recurso de casación 1907/2005), en la que se planteaba por el recurrente esta cuestión: se denunciaba la utilización de la información reservada previa para quebrantar los plazos máximos del procedimiento sancionador descritos en el artículo 56 LDC ."

Decía el Tribunal Supremo en la referida sentencia, que no puede admitirse que la duración de la fase preliminar a la incoación del expediente sea acumulable a los plazos máximos aplicables al procedimiento sancionador propiamente dicho, que es el único sujeto a las exigencias de caducidad, y añade el Alto Tribunal:

"En la medida en que aquellas diligencias previas o preparatorias sirvan al fin que realmente las justifica, esto es, reunir los datos e indicios iniciales que sirvan para juzgar sobre la pertinencia de dar paso al expediente sancionador, y no se desnaturalicen transformándose en una alternativa subrepticia a este último, ninguna norma las somete a un plazo determinado y, por lo tanto, no quedan sujetas al instituto de la caducidad."

Los comentaristas de la Ley 30/1992 , habían seguido ya esta línea de razonamiento, señalando que si bien esta ley generaliza la posibilidad de llevar a cabo información "previa" (en la ley de procedimiento administrativo "reservada" como es denominada en la Ley 15/2007) a los procedimientos iniciados de oficio, en el caso de plantearse la posibilidad de incoar un expediente sancionador, razones de prudencia aconsejan la práctica de estas actuaciones previas para evitar las consecuencias negativas que tiene para cualquier administrado el verse sometido a un expediente de este tipo.

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 AFACOR 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.

La ley de Defensa de la Competencia deja claro que la información reservada no computa a los efectos de calcular el plazo de caducidad del expediente administrativo, pues en su artículo 56 la Ley 16/1989 "Plazos máximos del procedimiento" establece que:

"1 El plazo máximo de duración de la fase del procedimiento sancionador que tiene lugar ante el Servicio de Defensa de la Competencia será de doce meses a contar desde la iniciación formal del mismo hasta la remisión del expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia o de la notificación del acuerdo que, de cualquier otro modo, ponga término al procedimiento tramitado ante el Servicio."

La cuestión había sido tratada en las sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo. La dictada por aquella el día 18 de junio de 2003, razonaba:

"La cuestión en la que existe discordancia entre la tesis de la parte actora y el Abogado del Estado es la relativa a la fecha en que debe iniciarse el cómputo del plazo de caducidad de 18 meses."

La parte actora sostiene que el cómputo de dicho plazo debe iniciarse no en la fecha de incoación del procedimiento, sino en la fecha anterior de la información reservada.

Sin embargo, tal tesis no puede prosperar. En primer término, porque el artículo 56 LDC , en la redacción dada por la ley 66/97 , señala con toda claridad que el plazo de 18 meses se debe contar " desde la incoación" del procedimiento sancionador. Y sabemos, por el artículo 36.4 LDC que la incoación o iniciación del expediente sancionador es algo distinto a la información reservada que puede practicarse "...antes de resolver la iniciación del expediente ...". (artículo 36.3 LDC

).

En la jurisprudencia comunitaria, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de abril de 1999 -Limburgse Vinyl Maatschappij NV y otros contra la Comisión CE- razonó como sigue:

"17 El respeto de los derechos de defensa, en cuanto principio de carácter fundamental, debe quedar garantizado no sólo en los procedimientos administrativos que pueden dar lugar a una sanción, sino también en los procedimientos de investigación previa, como las solicitudes de información a las que se refiere el artículo 11 del Reglamento nº 17, que pueden ser determinantes para la constitución de pruebas del carácter ilegal de ciertas conductas de las empresas por las que puede generarse su responsabilidad.

Aunque, para preservar la eficacia de los apartados 2 y 5 del artículo 11 del Reglamento nº 17, la Comisión tiene la potestad de obligar a una empresa a que facilite toda la información necesaria relacionada con hechos de los que pueda tener conocimiento y a que le presente, si fuere preciso, los documentos correspondientes que obren en su poder, aun cuando éstos puedan servir para probar, en su contra o en contra de cualquier otra empresa, la existencia de una conducta contraria a la competencia, no puede, sin embargo, mediante una decisión de solicitud de información, vulnerar los derechos de defensa reconocidos a la empresa. Así pues, no puede imponer a esta última la obligación de dar respuestas que impliquen admitir la existencia de una infracción cuya prueba incumbe a la Comisión.

18 A la luz del artículo 14 y del apartado 1 del artículo 20 del Reglamento nº 17, la información obtenida durante las visitas de inspección no debe utilizarse para fines distintos de los indicados en el mandato de inspección o en la decisión de inspección. Esta exigencia está destinada a preservar, además del secreto profesional, los derechos de defensa de las empresas.

Sin embargo, no puede afirmarse que esté prohibido que la Comisión incoe un procedimiento de investigación con objeto de verificar la exactitud o de completar las informaciones de las que hubiese tenido conocimiento incidentalmente con ocasión de una visita de inspección anterior, en el supuesto de que dichas informaciones indicasen la existencia de conductas contrarias a las normas sobre la competencia del Tratado. Además, la Comisión, que obtuvo determinados documentos en un primer asunto y los utilizó como indicio para iniciar otro procedimiento, puede solicitar, sobre la base de mandatos o decisiones de inspección relativos a este segundo procedimiento, otra copia de tales documentos y utilizarlos entonces como medios de prueba en este segundo asunto.

En efecto, una solución diferente iría más allá de lo necesario para preservar el secreto profesional y los derechos de defensa, por lo que constituiría un obstáculo injustificado al cumplimiento, por parte de la Comisión, de su misión de velar por la observancia de las normas sobre la competencia en el mercado común "

De las consideraciones expuestas resulta la desestimación de este motivo de impugnación, pues no ha caducado el expediente administrativo origen de este recurso durante la fase de instrucción ante el Servicio de Defensa de la Competencia/Dirección de Investigación.

SEXTO: La actora alega en tercer lugar que se ha producido la caducidad del procedimiento al transcurrir más de doce meses desde que el expediente fue admitido a trámite hasta que se notificó la resolución sancionadora por aplicación de lo dispuesto en el art. 56.2 de la Ley 16/1989 que establece que:

"2. El Tribunal dictará resolución, y la notificará, en el plazo máximo de doce meses a contar desde la admisión a trámite del expediente. El plazo se interrumpirá cuando se planteen cuestiones incidentales en que la Ley prevea la suspensión, se interpongan recursos y se acuerde la suspensión por el órgano jurisdiccional competente, se acuerde la práctica de diligencias para mejor proveer por el Tribunal de Defensa de la Competencia, se deba proceder a cambio de calificación en los términos del artículo 43.1 de esta Ley o se acuerde la suspensión por la concurrencia con un procedimiento ante los órganos comunitarios o con la instrucción de un proceso penal, así como para la presentación de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. También en este caso será de aplicación lo dispuesto en el artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Transcurridos treinta días desde el vencimiento del plazo anterior, si el Tribunal no ha dictado resolución, procederá de oficio o a instancia de cualquier interesado, a declarar la caducidad del procedimiento."

Señala la actora que admitido este expediente a trámite por el Consejo el día 27 de junio de 2008, debió finalizar el 27 de junio de 2009. Suspendido el expediente por el Consejo, la actora entiende que el plazo debe computarse teniendo en cuenta no la fecha en que formalmente se levanta la suspensión sino la fecha de entrega de la documentación por la empresa actora, y ello tuvo lugar días antes de que tuviese lugar el levantamiento del plazo. La diferencia de días entre una y otra solución determinaría que cuando la resolución impugnada fue dictada el procedimiento habría caducado, y dado que como se alegó en primer lugar habría tenido lugar la prescripción de la infracción debió archivarse el procedimiento, solicitando de esta Sala se declare nulo el acto impugnado.

Sobre esta cuestión ya nos hemos pronunciado en la sentencia de 12 de mayo de 2011 (recurso 508/2009) referida a la misma resolución recurrida en la que el recurrente era otra empresa sancionada y en la que dijimos literalmente lo siguiente:

" En primer lugar es preciso señalar que, como ya ha resuelto el Tribunal Supremo confirmando sentencias de esta misma Sala y Sección, el plazo es como establece el art. 56.2, de seis meses (ahora un año) más treinta días, por lo que la caducidad únicamente se produciría en este concreto expediente, si el día 27 de julio de 2009 no se hubiese dictado resolución, y en este caso se dictó el día 22 de julio de 2009. Incluso teniendo en cuenta la fecha de notificación, como sostiene la actora, y dado que esta tuvo lugar el día 23 de julio de 2009, no se habría producido la alegada caducidad."

En segundo lugar, recordar igualmente que corresponde a la Administración el ejercicio de la facultad reconocida en el artículo 56.2

de la Ley 16/1989
diligencias para mejor proveer, y el
regulaba en los siguientes términos:

de practicar
artículo 42

"Artículo
. Diligencias para mejor proveer."

42

1. Después de la vista o transcurrido el plazo de formulación de conclusiones, y antes de dictar resolución, el Tribunal podrá acordar, para mejor proveer, la práctica de cualquier diligencia de prueba, incluso la de declaración de los interesados y la de reconocimiento, y recabar nuevos informes del Servicio o de cualquier otro organismo, público o privado, y de autoridades o particulares sobre las cuestiones que el propio Tribunal determine.

2. La providencia que las acuerde establecerá el plazo en que deban practicarse, siempre que fuera posible fijarlo, y la intervención que los interesados hayan de tener.

3. Todas las pruebas acordadas como diligencia para mejor proveer se practicarán ante el Tribunal o ante el vocal designado a tal fin."

En este caso, se interrumpió el plazo hasta la conclusión de la tramitación de la diligencia en cuestión, incluido el trámite de alegaciones dado a las partes en relación con la documentación aportada, finalizando dicha tramitación el día 7 de julio de 2009 y levantándose la suspensión. No puede concluirse como resulta de las alegaciones de la actora, que para cada parte el plazo tenga una duración diferente en función del día en que aportó sus documentos o presentó sus alegaciones, con la consecuencia de que para una expedientada se produjera la caducidad y no para otras.

En tercer lugar, con independencia del uso que posteriormente se diera por el Consejo de la información recabada mediante la diligencia discutida, a juicio de esta Sala, dada la regulación legal relativa a la determinación del importe de las sanciones, y la información de que el aquel momento disponía el Consejo, es lógica la suspensión de las actuaciones correspondientes para recabar dicha información. Es especialmente lógico dada la dinámica que impone la LDC a la hora de dictar resoluciones, cuando la Administración actuando como instructora ha recopilado la información que ha considerado relevante, y el órgano administrativo considera por su parte que para la adopción de una decisión necesita recabar otros elementos de juicio.

La providencia de 3 de junio de 2009 por la que el Consejo acordó antes de dictar Resolución requerir a las empresas imputadas información sobre su facturación en 2008, según lo previsto en el artículo 42 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, declarando interrumpido, en aplicación del artículo 56.2 de la Ley de 16/1989 de Defensa de la Competencia, interrumpió el plazo máximo para dictar Resolución desde la fecha del acuerdo hasta la conclusión de la tramitación de la diligencia para mejor proveer, incluido el trámite de alegaciones dado a las partes sobre la información recibida; fue válida y tuvo la virtualidad de interrumpir el plazo máximo en el que había de dictarse la resolución final. El procedimiento sancionador, en suma, no había caducado cuando esta última fue adoptada.

El

Tribunal Supremo (sentencia de 13 de enero de 2010 rec.

1279/2007) ha declarado que la caducidad de los procedimientos sancionadores es una institución jurídica con la que se trata de evitar la tardanza injustificada en resolver aquéllos, por entender el legislador que los sujetos expedientados se encuentran en una situación desfavorable que no ha de alargar indebidamente la Administración sancionante. Si la demora no obedece a la desidia administrativa sino que viene propiciada por la necesidad de resolver cuestiones complejas suscitadas por los propios expedientados, la decisión de interrumpir el plazo máximo para resolverlas (tanto más si es consentida por estos últimos) debe entenderse en principio válida a dichos efectos temporales.

Debe, por lo expuesto, desestimarse este motivo de impugnación.

SEPTIMO: En cuanto al principio de proporcionalidad la actora alega que la CNC no ha apreciado correctamente las circunstancias atenuantes presentes en el caso y en particular la reducida dimensión del mercado afectado y la ausencia de efectos sobre el mismo

Sobre esta cuestión ya nos hemos pronunciado en la sentencia de 12 de mayo de 2011 (recurso 508/2009) referida a la misma resolución recurrida en la que el recurrente era otra empresa sancionada y en la que dijimos literalmente lo siguiente:

"La actora considera que se ha determinado de forma incorrecta el mercado afectado, y como consecuencia de ello se ha producido una vulneración del principio de proporcionalidad.

En primer lugar, debió considerarse el hecho de que solo está afectado el 2% según la Administración y el 1.5% según la parte, del mercado nacional. La recurrente sostiene por otra parte que el mercado afectado es el eje Santander-Torrelavega por lo que la multa debería reducirse en un 20%.

El mercado relevante está correctamente definido por la resolución de la CNC: de la lectura de la documentación obrante en el expediente administrativo sobre la que reposa el relato de hechos probados que hace la CNC resulta que el mercado repartido fue el de Cantabria, no resultando en modo alguno una limitación de los acuerdos y pactos origen del expediente al eje Santander- Torrelavega. El peso específico que el mercado cántabro del hormigón tenga en el conjunto del mercado español no es un dato relevante, puesto que la determinación del mercado geográfico en este caso se concreta correctamente en una determinada región, Cantabria. Así se razona que:

1º El producto relevante es el hormigón premezclado, utilizándose indistintamente el término "hormigón" como sinónimo del mismo. No se impugna la determinación del producto.

2º Se trata de un producto perecedero (caducidad de unos 90 minutos), no almacenable y sujeto a costes de transporte relativamente elevados. La distancia desde cada planta que puede recorrer el hormigón premezclado en camiones resultando aún competitivo es aproximadamente de 60 Km. (N-03013 HOLDERFIN/CEMENTOS HISPANIA COMP/M.3572 CEMEX/RMC).

3º La consecuencia de los dos hechos anteriores es que el mercado del hormigón preparado se ha definido básicamente como comarcal.

4º El alcance y efectos de la conducta deben ser analizados en relación con el mercado en el que se producen y al que afectan.

La actora alega a continuación que la conducta no produjo efectos, y por lo tanto debe reducirse el importe de la sanción. La falta de efectos la sustenta en un informe según el cual no hubo reducción de la oferta, no se produjo un incremento del precio del hormigón, ni una homogeneización de los precios, y los clientes pudieron seguir escogiendo a su proveedor. De tal informe resulta igualmente que, siempre a juicio de la actora, la competencia se mantuvo, el mercado del hormigón en Cantabria se expandió, y entraron nuevos competidores.

En primer lugar, debe recordarse que, aún dando por sentado que la conducta enjuiciada no hubiera tenido efectos sensibles sobre el mercado del hormigón de Cantabria, sería sancionable, porque la LDC prohíbe las conductas que sean aptas para restringir o falsear la competencia y es indudable que un acuerdo como el acreditado en el expediente administrativo litigioso tiene tal aptitud.

En segundo lugar, como pone de manifiesto la resolución impugnada, el propio contenido de los acuerdos que se iban renovando sucesivamente revela que las empresas obtenían ventajas anticompetitivas de su acuerdo: en los años enjuiciados las empresas no competían, con lo que se ha privado al mercado afectado de las ventajas que la libre competencia podía haber reportado tanto en precios como en características del producto, calidad, servicio etc. Esta Sala considera que es relevante no solo la existencia o inexistencia de determinados efectos descritos por los peritos que declaran a instancias de la actora, aunque se tuviesen por acreditados, sino que debe tenerse en cuenta también que en el mercado en cuestión simplemente no hubo competencia: baste citar a título ejemplificativo los faxes que figuran en los folios 2064 a 2119 entre ellos uno en el que (12 de julio de 2001) se advierte al "grupo", de las deudas contraídas por determinada empresa o grupo de empresas" para que tomen las medidas oportunas y NO SUMINISTRAR material alguno" seguido de la inmediata comunicación a las empresas del "grupo" indicándoles que no sirvan hormigón a las deudoras.

El artículo 10 de la Ley 16/1989 tenía el siguiente tenor literal:

"El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7, o dejen de cumplir una condición u obligación prevista en el artículo 4.2, 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."

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.

OCTAVO: 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.

Alega CANDESA que debía haberse apreciado como circunstancias atenuantes su cooperación durante el procedimiento administrativo y el cese voluntario de las conductas antes del inicio del procedimiento sancionador.

En relación a la posible reducción de la multa por cooperación durante el procedimiento administrativo la sentencia del Tribunal General de 28 de abril de 2010 (asunto T-446/05) Amann & Söhne indica que (339) Por un lado hay que recordar que la reducción de la multa por cooperación durante el procedimiento administrativo sólo está justificada si el comportamiento de la empresa de que se trate ha permitido a la Comisión comprobar la existencia de la infracción con menor dificultad y, en su caso, ponerle fin. (340) Por otro lado, la colaboración de una empresa en la investigación no da derecho a reducción alguna de la multa cuando dicha colaboración no sobrepase el nivel derivado de las obligaciones que recaen sobre ella en virtud del artículo 11, apartados 4 y 5, del Reglamento nº En cambio, en el caso de que al responder a una solicitud de información, con arreglo al artículo 11, una empresa facilite una información que supere ampliamente la que la Comisión puede exigir en virtud del mismo artículo, la empresa en cuestión podrá gozar de una reducción de la multa.

En consecuencia para considerar la cooperación como circunstancia atenuante se tienen que dar las siguientes circunstancias a) que los documentos o la información se hayan aportado voluntariamente en respuesta a una solicitud de información y no hayan sido obtenidos por la Dirección de Investigación como consecuencia de una Inspección b) que la información solicitada exceda de la que está obligada a aportar en orden al cumplimiento de la obligación del deber de colaboración previsto en el artículo 32 de la LDC c) que esa información fuera relevante al ser insuficientes los elementos de prueba obtenidos por medio de las comprobaciones para probar la infracción y para adoptar una decisión por la que se imponen multas. Es decir como señala el artículo 64.3 d) de la Ley 15/2007 tiene que ser para apreciarla como circunstancia atenuante una colaboración activa y efectiva.

En este caso en el apartado 4 de los hechos acreditados de la resolución recurrida se indican cuales fueron las fuentes que permitieron conocer la comisión de los hechos sancionados. Fueron dos:

1) Documentación que tuvo acceso el Servicio de Defensa de la Competencia en el año 2006 (no se indica quien proporcionó esa información) consistente en CD-ROM en el que figuran diversos archivos en el formato de hoja de cálculo Excel y de una serie de documentos originales en papel (los papeles AFACOR) y que se describe en el apartado 4.1 (folios 8 a 29 de la resolución recurrida) por otra

2) documentación encontrada en archivos informáticos en diversas empresas inspeccionadas en el curso de las Inspecciones principalmente de la empresa Rosillo (apartados 4.2 a 4.9 y 4.12, 4.13 (folios 29 a 35 y 36 de la resolución recurrida) y en menor medida en la empresa Hormigones Cantabros SA descrita en los apartados 4.10 y 4.11 (folios 35 a 36) y la empresa CANDESA (apartado 4.14 (folios 37 a 42) .

Por tanto las pruebas que han permitido acreditar los hechos sancionados ha sido la documentación que obtuvo el SDC en el año 2006 y la documentación obtenida durante las Inspecciones realizadas. Así se indica en el apartado 5 de los hechos probados de la resolución recurrida que "Tal y como detalla el informe propuesta, el conjunto de los documentos obtenidos por el SDC, inicialmente y en las dos inspecciones llevadas a cabo los días 27 de junio de 2006 y 27 y 28 de junio de 2007 prueba que las ocho empresas imputadas han estado directamente implicadas en un reparto de mercado" . No ha sido el comportamiento de la empresa sancionada CANDESA la que ha permitido a la Comisión comprobar la existencia de la infracción con menor dificultad. El hecho de que en el curso de la Inspección se encontraran en la sede de dicha empresa determinados archivos que fueron relevantes para la investigación no implica que deba aplicarse la atenuante de existencia de colaboración por cuanto esa información estaba contenida en archivos informáticos que fueron obtenidos por la Inspección de los ordenadores de la empresa. Es decir no se trata de una documentación aportada de forma espontánea y voluntaria por parte de la empresa al objeto de permitir a la Comisión comprobar la existencia de la infracción con menor dificultad sino que se trataba de una documentación preexistente encontrada en el curso de una Inspección. El hecho de que no se opusiera a que se realizara la Inspección no es una circunstancia atenuante sino que es consecuencia de la obligación legal que existe de colaborar con la Inspección prevista en el artículo 32 de la Ley 17/89 que establece que

"Toda persona natural o jurídica queda sujeta al deber de colaboración con el Servicio de Defensa de la Competencia, y está obligada a proporcionar a requerimiento de éste, y en un plazo de diez días, toda clase de datos e informaciones necesarias para la aplicación de esta Ley". Alude el recurrente a que la

Dirección de Investigación (folio 5886 del expediente administrativo) que CANDESA "no se ha limitado a no contestar a los hechos sino que ha proporcionado información específica sobre su participación en ellos". La información aportada por CANDESA consistió según precisa en el escrito de demanda en realizar alegaciones en el pliego de cargos acerca del sistema de funcionamiento de la mesa precisando que las empresas no comunicaban a la mesa sus costes reales sino que se partía de un coste idéntico para todas las empresas y para todos los tipos de hormigón, no siendo reales tampoco los precios que figuraban en la mesa de compensación. A juicio de la Sala las alegaciones del recurrente inciden en su caso en la valoración de la gravedad de la infracción y la incidencia de esa circunstancia en la existencia de una conducta homogénea de las empresas pero no supone una colaboración activa y eficaz en orden a probar los hechos sancionados sino mas bien se trataba de alegaciones realizadas en el ejercicio del derecho de defensa y que tienen la finalidad de atenuar la gravedad de los hechos imputados en el pliego de concreción de hechos. Por otra parte el hecho de admitir los hechos no se considera en este caso como una circunstancia atenuante al no apreciarse se tratara de una colaboración eficaz al ser suficientes los elementos de prueba obtenidos en las inspecciones realizadas,. Cuestión distinta es que la documental obtenida durante el curso de la investigación fuera insuficiente para acreditar la existencia de un acuerdo entre las empresas y que el reconocimiento de la existencia de pactos por parte de las empresas infractoras hubiera sido relevante para acreditar la infracción. El hecho de

que pudiera existir una falta de cooperación por parte de otras empresas sancionadas en su caso determinaría que se aplicara a dichas empresas una circunstancia agravante pero no justifica la aplicación de una circunstancia atenuante que requiere algo mas que dar cumplimiento al deber genérico de colaborar previsto en el artículo 32 de la LDC 17/89 .

En cuanto al hecho de que las conductas cesaron espontáneamente mucho antes de que se iniciara la investigación por parte de las autoridades de competencia hay que indicar que ya se tiene en cuenta para el cálculo del período en que se considera que se produjo la infracción. Así la jurisprudencia comunitaria ha establecido que el hecho de que las empresas ya hubiesen tomado la decisión definitiva de interrumpir la infracción antes de la fecha de las primeras intervenciones de la Comisión o en el caso de que la infracción ya hubiese finalizado antes de dicha fecha. "se tiene en cuenta de manera suficiente para el cálculo de la duración del período en que se considera que se produjo la infracción (véase, es este sentido la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de enero de 2007, Dalmine/Comisión, C-407/04 P, Rec. p. I-829, apartado 158; sentencias del Tribunal General de 8 de julio de 2004 Mannesmannröhren-Werke/Comisión, T-44/00 , Rec. p. II-2223, apartados 280 y 281 , y de 12 de diciembre de 2007, BASF/Comisión, citada en el apartado 91 supra, apartado 128)" (apartado 264 de la sentencia del Tribunal General de 28 de abril de 2010 (asunto T-446/05)).

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso y la confirmación de la resolución impugnada, en lo que a la empresa recurrente en este recurso afecta, por ser conforme a derecho.

NOVENO: No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa .

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

DESESTIMAR

el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de CANTERAS DE SANTANDER SA contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 22 de julio de 2009 (expediente 648/08) que se declara conforme a derecho. No se hace condena en costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica de Poder Judicial .

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.

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.