



**AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

**Sección: 006**

**MADRID**

PO565 OFICIO DEVOLVER EXPEDIENTE Y CERTIFICACION SENT

Número de Identificación Único: 28079 23 3 2009 0005917

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000536 /2009**

Recurrente: FERNANDEZ ROSILLO Y CIA, S.L.

Ref: Adjunto copia de oficio para su localización

Habiéndose declarado firme la sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo anotado al margen, adjunto tengo el honor de remitir testimonio de la misma a fin de que se lleve a puro y debido efecto lo en el acordado, se adopten las resoluciones que procedan y se practique cuanto exija el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo, sin devolución del expediente administrativo, por ser común a otros procedimientos (461/2009, 501/2009, 508/2009, 510/2009, 638/2009) rogando asimismo acuse de recibo.

En MADRID, a veintiocho de Diciembre de dos mil once.

**EL SECRETARIO JUDICIAL**

**FDO.: VÍCTOR GALLARDO SANCHEZ**



**COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA  
ENTRADA**

**Reg Of:383 / RG 383  
20/01/2012 12:06:21**

**COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA**

# AUDIENCIA NACIONAL

## Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA Secretaría de D. VÍCTOR GALLARDO SÁNCHEZ

### SENTENCIA Nº:

**Fecha de Deliberación:** 18/10/2011  
**Fecha Sentencia:** 25/10/2011  
**Núm. de Recurso:** 0000536/2009  
**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO  
**Núm. Registro General:** 05337/2009  
**Materia Recurso:** CONDUCTAS PROHIBIDAS  
**Recursos Acumulados:**  
**Fecha Casación:**  
**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. LUCÍA ACÍN AGUADO

**Demandante:** FERNANDEZ ROSILLO Y CIA SL  
**Procurador:** D. FERNANDO RUIZ DE VELASCO  
**Letrado:**  
**Demandado:** COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA  
**Codemandado:**

**Abogado Del Estado**

**Resolución de la Sentencia:** DESESTIMATORIA

**Breve Resumen de la Sentencia:**

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

# AUDIENCIA NACIONAL

## Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

**Núm. de Recurso:** 0000536/2009  
**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 05337/2009  
**Demandante:** FERNANDEZ ROSILLO Y CIA SL  
**Procurador:** D. FERNANDO RUIZ DE VELASCO

**Demandado:** COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. LUCÍA ACÍN AGUADO

### SENTENCIA N°:

**Ilma. Sra. Presidente:**  
D<sup>a</sup>. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**  
D<sup>a</sup>. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA  
D<sup>a</sup>. LUCÍA ACÍN AGUADO

Madrid, a veinticinco de octubre de dos mil once.

Visto el recurso contencioso administrativo nº 536/09 que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **FERNANDEZ ROSILLO Y CIA SL** representada por el Procurador D. Fernando Ruiz de Velasco 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 261.210 euros.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** El 17 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 9 de junio de 2010 la parte solicitó se tenga *“por formulada en tiempo y forma demanda contencioso-administrativa contra la resolución del Consejo de la CNC adoptada el 22 de julio de 2009, en el expediente 648/08 “Hormigones Cántabros” resolución que deberá ser declarada contraria a derecho en su integridad, y como consecuencia de ello anuladas todas sus declaraciones e intimaciones, incluida la multa impuesta en la resolución a mi representada, con expresa imposición de las costas a la Administración demandada. Subsidiariamente se solicita la anulación o reducción de la multa impuesta por las razones que han quedado expuestas a lo largo del presente escrito, asimismo con imposición de las costas causadas”*.

**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 18 de octubre de 2011

**VISTOS** los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente Doña Lucía Acín 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) Consideraciones preliminares: los documentos AFACOR como la documentación recabada en el curso de las Inspecciones carecen de valor probatorio alguno puestos que se esos documentos se han obtenido vulnerando los derechos de defensa del recurrente.

b) 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.

c) 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.

d) 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 siendo indebida la suspensión del procedimiento para realizar diligencias para mejor proveer y tramite de alegaciones.

e) Infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y del derecho de defensa de defensa de Fernández Rosillo por la excesiva duración de las actuaciones inspectoras.

f) Infundada acusación vertida en el informe propuesta acerca de la supuesta falta de cooperación en la instrucción del expediente.

g) Escasa participación de Fernández Rosillo en la infracción imputada que se deduce de sus cuotas de mercado.

h) Inexistencia de efectos propios de un acuerdo colusorio en el mercado del hormigón premezclado de Cantabria.

**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 CANTABRÍA 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 CANTABRÍA 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:** Como consideración preliminar hace referencia el recurrente a la falta de valor probatorio de la documentación que dio inicio a la apertura de diligencias previas (los documentos AFACOR) ya que dicha documentación está compuesta de fotocopias y documentos contables no firmados cuya autenticidad y originalidad no fue probada. Hay que tener en cuenta que la parte recurrente no ha negado los hechos imputados y así señala en el folio 27 de la demanda "Fernández y Rosillo no ha entrado a valorar los hechos consignados por la CNC en su PCH relativos al presunto acuerdo anticompetitivo en el mercado del hormigón en Cantabria durante los años 1993 a 2003 por el que se le sanciona". Por lo tanto no discutiendo los hechos que han motivado la imposición de la sanción, no tiene relevancia discutir el valor probatorio de un determinado medio de prueba, cuando por otra parte las

valor probatorio de un determinado medio de prueba, cuando por otra parte las empresas sancionadas han admitido la comisión de la infracción.

Asimismo señala que la documentación recabada en el curso de las Inspecciones realizadas en la fase de información reservada en la sede de Fernández Rosillo carece de valor probatorio ya que se vulneró su derecho de defensa al no ser informado de la existencia de los documentos AFACOR. Cita la propia resolución del TDC en el asunto Distribuidora de Prensa Asturiana. En el informe propuesta ya se da respuesta a esa misma alegación y nos remitimos a lo allí razonado: como se recoge en la correspondiente Acta de Inspección las preguntas sobre AFACOR se hacen *“tras haber encontrado los inspectores facturas de AFACOR a la empresa entre 1999 y abril de 2003”* y asimismo el objeto de la Inspección está claramente especificado en la correspondiente orden.

**QUINTO:** 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 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 pero entiende que 1) la inspección domiciliaria desarrollada en el marco de una fase de investigación reservada no interrumpe la prescripción ya que según jurisprudencia reiterada el trámite de información reservada no interrumpe el plazo de prescripción que solo se produce conforme al artículo 132 de la Ley 30/92 con la iniciación de un procedimiento con conocimiento del interesado 2) aun cuando se aceptase que la Inspección reservada pueda reputarse como hecho interruptor del plazo de prescripción la posterior inactividad del órgano instructor habría dado lugar a la caducidad impropia.

Ciertamente con carácter general las actuaciones previas no interrumpen la prescripción de la infracción que sólo se produce conforme al artículo 132 de la Ley 30/92 con la *“iniciación con conocimiento del interesado del procedimiento sancionador”*. Ahora bien existe una norma específica referida a la prescripción de las infracciones previstas en el artículo 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 que establece que el plazo de prescripción de las infracciones (cuatro años desde el día en que se hubiere cometido la infracción) 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". Por tanto la inspección domiciliaria desarrollada en el marco de una fase de investigación reservada es un hecho que interrumpe la prescripción. Por tanto la prescripción se interrumpió con la inspección domiciliaria de 27 de junio de 2006.

Entiende el recurrente 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. Señala que no ha encontrado en las bases de datos las sentencias que cita la resolución recurrida del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2002 y 26 de julio de 2002. Cita en defensa de su tesis la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1999 y del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 23 de mayo de 2003.

No es necesario analizar en este recurso 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. En efecto en este caso 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.

**SEXTO:** 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.

**SEPTIMO:** 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 las empresas sin que esté facultada para suspender el plazo durante la duración del trámite de alegaciones sino sólo durante la tramitación de la diligencia propiamente dicha. 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 archiversse 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 de practicar diligencias para mejor proveer, y el artículo 42 regulaba en los siguientes términos:*

*"Artículo 42. Diligencias para mejor proveer."*

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.

**OCTAVO:** El recurrente alega como motivos de anulación de carácter sustantivo los siguientes:

1. Infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y del derecho de defensa de Fernández Rosillo por la excesiva duración de las actuaciones inspectoras.
2. Infundada acusación vertida en el informe propuesta acerca de la supuesta falta de cooperación en la instrucción del expediente.
3. Escasa participación de Fernández Rosillo en la infracción imputada que se deduce de sus cuotas de mercado.
4. Inexistencia de efectos propios de un acuerdo colusorio en el mercado del hormigón premezclado de Cantabria.

Aprecia el recurrente que se ha infringido el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos por la excesiva dilación en el tiempo de las actuaciones de investigación en el marco de la información reservada. Así las actuaciones previas se iniciaron a través de una Inspección que tuvo lugar 6 meses después de obtenerse los documentos AFACOR, a partir de este momento transcurrieron 6 meses antes de que tuviesen lugar las primeras inspecciones y otros 364 días antes de que se acordase la incoación del expediente; finalmente la instrucción se prolongó durante aproximadamente 10 meses con carácter previos a la notificación del PCH. Respecto a esta alegación nos remitimos a lo razonado en los fundamentos de derecho anterior, en que consideramos que esa actuación administrativa es conforme a derecho.

En cuanto a la infundada acusación vertida en el informe propuesta acerca de la supuesta falta de cooperación en la instrucción del expediente en relación con el (reparto de mercado en los años 2004 y 2005 cupo oriental) indicar que ello no ha tenido transcendencia en la resolución sancionadora por cuanto el Consejo de la CNC declara que no existen indicios suficientes para declarar el supuesto acuerdo relativo al "cupos oriental" y por otra parte no ha sido utilizado como criterio para graduar la sanción esa supuesta falta de cooperación.

En cuanto a la escasa participación de Fernández-Rosillo en la infracción imputada que se deduce de sus cuotas de mercado indicar que la propia resolución recurrida tiene en cuenta esas cuotas de mercado para graduar la sanción y así se indica que. *"A los efectos del cálculo de la sanción se tendrá en cuenta el volumen*

de ventas de hormigón de las empresas infractoras es esa región durante los años en que ha tenido lugar la práctica. El Consejo considera que se debe imponer una sanción a cada empresa equivalente al 10% del promedio de su volumen de ventas durante el periodo considerado. Esta cuantía guarda proporcionalidad con la participación de las empresas en el acuerdo (las cuotas fijadas en el reparto son muy similares a la cuota de las empresas en los primeros años del periodo considerado) y a la cuota de mercado de las empresas en cada ejercicio. La cifra resultante se ha ajustado en su caso al 10% del volumen de ventas de hormigón en Cantabria del último ejercicio, al objeto de que la sanción no resulte desproporcionada respecto al volumen actual de negocio de las empresas en la región y que se tenga en cuenta las circunstancias de cada empresa". En este caso por tanto las sanciones se han determinado teniendo en cuenta las cuotas con arreglo a las cuales habría operado el pretendido acuerdo de reparto de mercado al indicarse en la resolución recurrida que las cuotas fijadas en el reparto son muy similares a la cuota de las empresas en los primeros años del periodo considerado. Afirma el recurrente que el volumen de negocio considerado se refiere a todas las actividades de la empresa, dentro de las cuales la venta de hormigón constituye un negocio menor. Esta afirmación no ha quedado acreditada por el recurrente y no ha demostrado por tanto que el volumen de ventas que se ha considerado sea el de las ventas de hormigón en la Región de Cantabria en ese periodo.

En cuanto a la inexistencia de efectos propios de un acuerdo colusorio en el mercado del hormigón premezclado de Cantabria, la parte se remite a un informe económico elaborado por PWC. Esta cuestión ya ha sido examinada en sentencia de 12 de mayo de 2011 (recurso 508/2009) referida a la misma resolución recurrida en la que dijimos literalmente lo siguiente:

*"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."*

**NOVENO:** 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. 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 **FERNANDEZ ROSILLO Y CIA SL** 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) 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.

31 de octubre de 2011

**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.