

Roj: **STS 3763/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:3763**

Id Cendoj: **28079130032014100233**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **30/09/2014**

Nº de Recurso: **4327/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2473/2011,**
STS 3763/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a treinta de Septiembre de dos mil catorce.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número **4327/2011** interpuesto por "HONGOMAR, S.A.", representada por el Procurador D. Ignacio Argos Linares, contra la sentencia dictada con fecha 25 de mayo de 2011 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 461/2009, sobre defensa de la competencia; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- "Hongomar, S.A." interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 461/2009 contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 22 de julio de 2009 que en el expediente 648/08 acordó:

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

Segundo.- Imponer a [...] a Hongomar, S.A. una multa de trescientos veintisiete mil novecientos euros (327.900€); [...].

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

Segundo.- En su escrito de demanda, de 8 de octubre de 2009, la entidad recurrente alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó que se dictase sentencia "en la que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto:

1.- Declare nula, anule o revoque, y deje sin efecto, la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 22 de julio de 2009, Expte. 648/08, por la que se declara acreditado la realización, por parte de mi representada, de una conducta restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1.c) de la LDC, y se le impone, entre otras obligaciones, una multa de 327.900 euros.

Ordene a la Administración la publicación, a su costa, y en el plazo de dos meses desde la notificación de la sentencia, del fallo de la misma en el BOE y en las páginas de información de dos diarios de información general de mayor circulación, uno nacional y otro de la Comunidad Autónoma Cantabria.

2.- Subsidiariamente al punto 1, anule o revoque y deje sin efecto la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 22 de julio de 2009 en cuanto a la cuantía de la multa de 327.900 euros impuesta a mi representada, rebajando considerablemente dicha multa impuesta.

3.- Condene y ordene a la Administración a estar y pasar por la anterior declaración con las consecuencias que de la misma se deriven y a llevar a cabo cuantas actuaciones o medidas sean necesarias para el pleno y efectivo restablecimiento de la situación jurídica perturbada.

4.- Condene a la Administración demandada al pago de las costas".

Por otrosí interesó el recibimiento a prueba.

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 13 de enero de 2010, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia "confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, con expresa imposición de las costas a la demandante".

Cuarto.- Practicada la prueba que fue declarada pertinente por auto de 15 de enero de 2010 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 25 de mayo de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por Hongomar, S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Ignacio Argos Linares, 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 22 de julio de 2009, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos, y con ella la sanción de la que trae causa, sin imposición de costas."

Quinto.- Con fecha 29 de septiembre de 2011 "Hongomar, S.A." interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número **4327/2011** contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional "por infracción del artículo 132.2, párrafo segundo, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, y concordantes".

Segundo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional "por infracción del artículo 92.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, y concordantes".

Tercero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional "por infracción del artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, y concordantes, en cuanto al principio de proporcionalidad en la potestad sancionadora".

Sexto.- Por escrito de 14 de marzo de 2012 el Abogado del Estado se opuso al recurso y suplicó su desestimación con imposición de las costas a la parte recurrente.

Séptimo.- Por providencia de 6 de mayo de 2014 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sanchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 23 de septiembre 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 25 de mayo de 2011, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Hongomar, S.A." contra la resolución dictada por la Comisión Nacional de la Competencia el 22 de julio de 2009 en el expediente sancionador 648/08.

En dicha resolución se tuvo por acreditada "la realización de una conducta restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia en su apartado c), consistente en un reparto del mercado del hormigón premezclado en Cantabria desde marzo de 1993 hasta marzo de 2003", conducta en la que habían participado determinadas empresas del ramo, entre ellas "Hongomar, S.A." Ni en el litigio ante la Sala de la Audiencia Nacional ni en el recurso de casación se ha discutido la comisión de los hechos o su calificación jurídica.

Las únicas cuestiones objeto de debate en la instancia y ahora en casación fueron las relativas a la posible prescripción de la acción administrativa para sancionar; la caducidad del procedimiento sancionador; y la

mayor o menor proporcionalidad de la sanción de multa impuesta (327.900 euros) a la recurrente. A cada una de ellas corresponden los sucesivos motivos de casación interpuestos.

Segundo.- Aun cuando el orden de exposición de los motivos es el que ha quedado dicho, la Sala considera oportuno, por las repercusiones que su solución pudiera tener para el primero, analizar de modo preferente el segundo, en el que se suscita la supuesta "caducidad del procedimiento".

La tesis de la recurrente, ya expuesta en la instancia y ante la Comisión Nacional de la Competencia, es que las diligencias previas de investigación llevadas a cabo en este caso tuvieron una duración excesiva, de dieciocho meses (desde el 5 de enero de 2006, en que el Servicio de Defensa de la Competencia recibió determinados documentos, hasta el 26 de junio de 2007 en que se incoó el procedimiento sancionador), tiempo incluso superior al plazo máximo de doce meses asignado por la ley a la instrucción del "verdadero" procedimiento sancionador. Considera que ello "no parece lógico" y que la duración de aquellas diligencias las hace incurrir en caducidad por aplicación del artículo 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas.

Como consecuencia derivada de esta premisa, y ya más bien a los efectos de lo que se planteará en el primer motivo casacional, "Hongomar, S.A." propugna que la caducidad de las diligencias previas, por causa de su duración excesiva y desproporcionada, impide que produzcan efectos respecto del plazo de prescripción, a tenor del artículo 92.3 de la misma Ley 30/1992 ("los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción"). La infracción de este último precepto legal es precisamente lo que se censura en el presente motivo casacional.

El motivo no puede ser estimado pues ya hemos afirmado con reiteración que el instituto de la caducidad no es aplicable a la fase preliminar, de investigación, de modo que las diligencias previas a la incoación del expediente no están sujetas a los plazos máximos aplicables al procedimiento sancionador propiamente dicho, único al que se refieren las consecuencias de caducidad derivadas del artículo 56 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia. 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.

En el caso de autos la Sala de instancia admitió como válidas las explicaciones ofrecidas por el Servicio de Defensa de la competencia para justificar la duración de la fase de investigación: se refirió singularmente a "la voluminosa documentación que habría de ser examinada sin que hubiese una constancia clara de la existencia de infracción ante tal examen" y concluyó que el análisis de "la pormenorizada exposición de hechos probados y los magnitudes y concretos datos" permitía juzgar como no excesivo "el plazo dedicado a las actuaciones de investigación", dados los factores concurrentes y entre ellos el número de empresas implicadas en la conducta colusoria. Siendo ello así, y no habiendo la parte recurrente en casación desvirtuado estas afirmaciones del tribunal de instancia sobre la complejidad y justificación del período de tiempo en que tuvieron lugar las diligencias previas a la incoación, el motivo segundo no puede prosperar pues prevalecen las consideraciones generales, antes expuestas, sobre la falta de un plazo preciso para dichas diligencias y sobre la inaplicabilidad a ellas de las normas relativas a la caducidad del procedimiento sancionador formalizado.

Tercero. - Dado que tribunal de instancia rechazó la alegación de la demanda relativa a la prescripción de la infracción, tal como había resuelto anteriormente la propia Comisión Nacional de la Competencia, la parte recurrente afirma en su primer motivo casacional que aquél infringió el " artículo 132.2, párrafo segundo, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, y concordantes". A su juicio la reanudación del plazo de prescripción en caso de paralización del procedimiento sancionador durante más de un mes, por causa no imputable al presunto responsable, implica que debe "entenderse esa reanudación no como un reinicio sino como la continuación del cómputo".

No se discute en el motivo que las infracciones a la normativa de competencia prescriben a los cuatro años y que el día inicial (*dies a quo*) de este plazo es aquel en que se hubiera cometido la infracción, fecha que en el caso de autos coincide con el 1 de abril de 2003. Tampoco se discute en casación (sí lo fue en la vía previa) la aplicación del artículo 12.2 de la Ley 16/1989, a tenor del cual la prescripción se interrumpe por cualquier acto del organismo responsable de defensa de la competencia tendente a la investigación, instrucción o persecución de la infracción, siempre que se haya producido con conocimiento formal del interesado. Admite, pues, la recurrente el efecto interruptivo de los actos de investigación anteriores a la incoación formal del procedimiento sancionador (concretamente, de las inspecciones realizadas en el curso de las diligencias previas).

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

A esta conclusión llega la parte mediante su propia interpretación del término "reanudar" que contiene el artículo 132.2 de la Ley 30/1992 ("interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado más de un mes por causa no imputable al presunto responsable"). A su juicio, la "reanudación" implica que se deba tener en cuenta el tiempo ya "ganado" de prescripción hasta que fue interrumpida ésta. Considera que si la voluntad del legislador de 1992 hubiera sido otra, lo habría expuesto de modo expreso como hizo en el vigente Código Penal al disponer que la prescripción de los delitos se interrumpe "quedando sin efecto el tiempo transcurrido" cuando el procedimiento se dirija contra el culpable (artículo 132.2, coincidente en número con el de la Ley 30/1992).

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

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

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

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

Cuarto. - En el último motivo de su recurso "Hongomar, S.A." denuncia la infracción del artículo 10.2 de la Ley 16/1989 y del artículo 131.3 de la Ley 30/1992 "en cuanto al principio de proporcionalidad en la potestad sancionadora".

La Sala de instancia, una vez transcrito el artículo 10 de la Ley 16/1989 consideró correcta la cuantía de la sanción pecuniaria impuesta a "Hongomar S.A.", en cuanto proporcional a los rasgos específicos de la infracción muy grave por ella cometida, tal como habían sido destacados por la Comisión Nacional de la Competencia. La recurrente, sin embargo, sigue manteniendo que la sanción impuesta (327.900 euros, que representaban el seis por ciento de la facturación de la empresa en el ejercicio 2008) es desproporcionada a la vista de la escasa dimensión -geográfica y económica- del mercado afectado, que se circunscribía a Cantabria, y el "limitado alcance" que en él tuvo la conducta sancionada.

El tribunal de instancia hizo suya, en lo sustancial, las siguientes afirmaciones del órgano administrativo:

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

Como bien destaca el Abogado del Estado, la propia recurrente reconoce que la dimensión del mercado afectado ya había sido tomada en consideración por la Comisión Nacional de la Competencia. Y ciertamente en la resolución impugnada puede leerse cómo el Consejo, ante las alegaciones de las empresas sobre la "escasa relevancia del mercado y en algunos casos [...] la escasa participación de las empresas en el mismo", consideró que "ambos argumentos van implícitos en el método de fijar la sanción con respecto a las ventas de hormigón en Cantabria de cada empresa". Hemos de partir pues, de que la dimensión -geográfica y económica- del mercado afectado, que se circunscribía a Cantabria, fue expresamente contemplada por el órgano administrativo y por la Sala que corroboró la validez de su decisión. En el acuerdo impugnado se explica por qué, dadas las características del hormigón premezclado, el mercado relevante es de índole comarcal.

También fue apreciada, de modo expreso, la prolongada duración del acuerdo colusorio (más de diez años) así como su impacto colateral desfavorable sobre los precios del hormigón y las correlativas ganancias ilícitas de las empresas concertadas, cuyos beneficios descendieron tras el cese en la conducta (afirma la Comisión Nacional de la Competencia que "la evidencia aportada por PWC prueba que después del cese del acuerdo en 2003, la rentabilidad de las empresas implicadas cayó significativamente en el periodo 2004-2006") en cuanto factores determinantes de la imposición de la multa en la cuantía ya referida.

Frente a estos elementos de juicio, la recurrente vuelve a insistir en sus alegaciones, fundadas básicamente sobre el contenido del informe pericial que ella misma aportó en la vía administrativa, llegando en algún momento a afirmar la "inexistencia de efectos reales de la infracción" sobre el mercado del hormigón premezclado en Cantabria. Con ello pretende, en realidad, introducir en el debate casacional una cuestión de hecho -y de valoración de las pruebas- que la Sala de instancia no sólo no tuvo por acreditada sino que, por el contrario, rechazó de modo expreso. El tribunal, en este punto, llegó a la convicción de que habían sido suficientemente probados en la vía administrativa los efectos perjudiciales de una conducta de reparto del mercado y correlativa incidencia desfavorable en los precios cobrados a terceros, conducta que, siendo por su objeto suficiente para provocar aquéllos, de hecho los produjo.

Siendo todo ello así, no puede reputarse infringido el artículo 10 de la Ley 16/1989, ni el principio de proporcionalidad entre las sanciones y las conductas a ellas acreedoras, pues en aquél se contemplan como criterios determinantes del importe de la sanción tanto la modalidad y alcance de la restricción de la competencia (en este caso, una de las más perjudiciales para el propio mercado); la dimensión del mercado afectado (circunstancia que ya hemos dicho fue expresamente contemplada); los efectos de la conducta colusoria sobre aquel mercado y, en fin, la prolongada duración de dicha conducta.

Quinto.- 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 cuatro 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 número **4327/2011** interpuesto por "Hongomar, S.A." contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional con fecha 25 de mayo de 2011 en el recurso número 461/2009.



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

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ