

Id. Cendoj: 28079230062011100221
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 25/05/2011
Nº de Recurso: 461/2009
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a veinticinco de mayo de dos mil once.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha

promovido 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, relativa a sanción, siendo la cuantía del presente recurso de 327.900 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Canteras y Hormigones Quintana, S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Adolfo Morales Hernández Sanjuán, 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, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución que nos ocupa.

SEGUNDO : Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO : Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día veinticuatro de mayo de dos mil once.

CUARTO : En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO : Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 22 de julio de 2009, por la que se declara a la actora autora de la infracción tipificadas en el artículo 1 de la Ley 16/1989 .

La parte dispositiva de la resolución que nos ocupa establece:

"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 hechos declarados probados por la Resolución impugnada, y que, tras el análisis de lo actuado la Sala acepta como tales, pueden concretizarse en la siguiente afirmación de la Resolución impugnada:

"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. En este acuerdo de reparto de mercado, administrado por la sociedad AFACOR, cada empresa tenía atribuida una cuota de mercado. Las empresas informaban a AFACOR de sus operaciones de venta, consignando, para cada una de ellas, el cliente, el tipo de hormigón vendido, la cantidad de m3 servida, el precio de venta y el porcentaje de descuento otorgado al cliente. Con estos datos y sobre la base de una cifra de coste concertada, es posible calcular el beneficio que ha correspondido realmente a la empresa según sus ventas y el beneficio que le hubiera correspondido según la cuota de mercado asignada.

Cuando la diferencia es negativa el gestor atribuye a la empresa el derecho a ser compensada en dicha cantidad y cuando es positiva la obligación de pagar dicha suma a las demás. Se ha probado también que dichas compensaciones se han practicado mediante letras, que cada una de las empresas acreedoras libraba a cada una de las deudoras. De esta forma, el beneficio finalmente obtenido por una empresa determinada equivaldría al producto del beneficio total de la industria por el cupo asignado a dicha empresa.

La documentación también prueba que la cooperación entre empresas competidoras ha funcionado de forma realmente institucionalizada, con contactos e incluso la celebración de reuniones entre representantes de las empresas para organizar el reparto y atender a las situaciones peculiares que se pudieran presentar, como lo muestra la reacción del grupo ante la huelga de uno de los miembros, CANDESA. La información detallada de todas las operaciones es transparente para todos los participantes como demuestra la posesión por CANDESA de los listados descritos en el apartado 4.14.13.

El funcionamiento institucionalizado de este reparto de mercado ha favorecido la existencia de mecanismos de cooperación entre empresas y de intercambios de información. Hay prueba de la existencia de un contrato tipo (apartado 4.10) y de la administración por parte del gestor de listas negras de clientes, de manera que las empresas informaban a AFACOR de clientes a los que se debía prohibir el suministro por impago de deudas y éste distribuía la información entre las empresas (apartado 4.9 y apartado 4.1.8.2).

Ha quedado también probado que este acuerdo de reparto de mercado entre las ocho empresas imputadas ha operado, al menos, desde 1993 y se tiene prueba de

su continuación hasta marzo de 2003. Hay evidencia de que un acuerdo de reparto similar (el llamado cupo oriental) ha seguido funcionando con posterioridad, si bien no se ha identificado claramente a las empresas actoras."

TERCERO : Tres son las alegaciones planteadas por el actor: a) prescripción de la infracción, b) caducidad del expediente, y c) proporcionalidad de la sanción.

El problema de la prescripción se plantea en los siguientes términos: el artículo 12 de la Ley 16/1989 , establece:

"1. Prescribirán:

a. A los cuatro años, las infracciones previstas en este texto legal. El término de la prescripción comenzará a correr desde el día en que se hubiera cometido la infracción.

b. A los cuatro años, las sanciones.

2. La prescripción se interrumpe 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.

3. La prescripción también se interrumpe por los actos realizados por los interesados al objeto de asegurar, cumplimentar o ejecutar los acuerdos sancionadores."

El artículo 132.2 de la Ley 30/1992 :

"2. 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."

De estos preceptos hemos de concluir que en materia de defensa de la competencia, y durante la vigencia de la Ley 16/1989 aplicable al presente supuesto, cualquier actuación de investigación con conocimiento formal del interesado, aún antes del inicio del expediente.

La prescripción se interrumpió el 27 de junio de 2006 en que se realiza la primera inspección. Posteriormente no se realizan actuaciones hasta el 26 de junio de 2008, por tanto, a contar del 28 de julio de 2006 se reinicia el plazo de prescripción, nuevamente interrumpido el 26 de junio de 2008.

Las tesis que sostiene la actora es que el plazo de inactividad no se reinicia para el cómputo de la prescripción sino que tal plazo de inactividad ha de sumarse al anterior, y por ello el tiempo transcurrido, sumados todos los plazos de inactividad, completan los cuatro años de prescripción. Y a tal conclusión llega por el término "reanudación" que utiliza el artículo 132 de la Ley 30/1992. No podemos aceptar estas tesis. Al margen de que el término citado no tiene como sentido unívoco la suma al periodo anterior, la interpretación de la recurrente es

contraria a la naturaleza de la prescripción.

Efectivamente, la prescripción, a diferencia de la caducidad en la que no es posible la interrupción del plazo, se caracteriza porque determinados actos interrumpen la prescripción que empezará a correr de nuevo cuando nuevamente se produzca la inactividad. Pero el nuevo cómputo lo es desde el origen del plazo de prescripción. Ello es así en todas las ramas del Derecho. Una excepción a la naturaleza de la prescripción como la que la actora afirma que se ha introducción en el artículo 132 de la Ley 30/1992 no puede inferirse de una palabra, puesto que la excepción al régimen general de una institución jurídica ha de venir expresamente establecida, sin que sea lícito realizar una interpretación gramatical contraria a los principios informadores de las instituciones jurídicas como nos recuerda la exposición de motivos de la Ley 29/1998

En cuanto a la caducidad, también alegada, el artículo 56 de la Ley 16/1989 disponía:

"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."

Si bien el recurrente reconoce que la tramitación del expediente no se ha excedido el mencionado plazo, afirma que las actuaciones de investigación han durado más tiempo del necesario habiéndose producido una dilación no justificaba, que implica que el tiempo de tales actuaciones de investigación haya de sumarse al de tramitación del expediente.

La Sala no puede acoger estas tesis. El propio Servicio justificó la duración de la fase de investigación en la voluminosa documentación que habría de ser examinada sin que hubiese una constancia clara de la existencia de infracción ante de tal examen. Basta examinar la pormenorizada exposición de hechos probados y los magnitudes y concretos datos que contiene para comprender que el plazo dedicado a las actuaciones de investigación no puede considerarse excesivo en atención tanto a los elementos fácticos a analizar como en atención al número de empresas implicadas y que debía ser investigadas.

CUARTO : Por último, y en relación a la proporcionalidad, hemos de recordar lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 16/1989 :

"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 artículo 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."

Es cierto por tanto que la sanción se ha impuesto en su grado máximo puesto que se

fija en el 10% del volumen de operaciones realizadas en Cantabria por la sancionada, según se recoge en la Resolución, ámbito en el que se desarrollo la conducta infractora.

Veamos los razonamientos sobre el particular elaborados por la CNC:

"Como se expone en el Fundamento de Derecho Séptimo, 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.

Todas las partes alegan la escasa relevancia del mercado y en algunos casos se pide que se tenga en cuenta la escasa participación de las empresas en el mismo. Considera el Consejo que ambos argumentos van implícitos en el método de fijar la sanción con respecto a las ventas de hormigón en Cantabria de cada empresa.

Algunas partes manifiestan que debe considerarse como atenuante que las empresas pusieron fin al acuerdo de motu propio antes del inicio del expediente. El hecho es que, según algunas de las alegaciones presentadas, fue el fallecimiento del gerente de AFACOR lo que vino a poner fin al acuerdo. Ello unido a los indicios de que determinadas empresas pudieron seguir adelante con un acuerdo similar cuestiona que la finalización voluntaria pueda considerarse como un atenuante en este caso.

También se ha alegado el carácter de cartel de crisis que el acuerdo tuvo en sus inicios.

Este argumento no puede ser tenido en cuenta por el Consejo como un atenuante e, incluso aunque pudiera serlo, no se ha justificado suficientemente por quienes lo alegan y no explica la duración del cartel durante más de diez años, en épocas de auge del sector.

Algunas partes han solicitado que se atienda a la especial situación del sector en la actualidad. A este respecto, el Consejo ha tenido en cuenta que ha transcurrido tiempo desde que finalizó el periodo de infracción y, ha fijado la multa atendiendo al volumen de negocios que las empresas tenían entonces, sin perder de vista su facturación actual en el negocio afectado por la infracción.

Respecto a los efectos, el informe de PWC presentado por las imputadas argumenta que existen factores en el mercado que desestabilizan la colusión y le restan eficacia. Sin embargo, ello no ha obstado para que el acuerdo se haya prolongado en el tiempo de forma estable, lo que pone en duda a juicio de este Consejo que los elementos citados fueran realmente tan desestabilizadores como se pretende.

Por otra parte, los argumentos esgrimidos para cuestionar la eficacia del acuerdo no resultan convincentes. Se alega la ausencia de barreras de entrada como elemento desestabilizador. Pero de los cinco casos de entrada que se citan en quince años dos son de empresas del cartel y los otros tres no se datan en el tiempo y respecto a su tamaño sólo sabemos que se trata de empresas que solo tienen una planta en la región. La entrada no ha impedido, en definitiva, que el acuerdo siguiera en marcha más de diez años.

Respecto a los precios, que vengan influidos como se alega por factores de costes y demanda no excluye que el acuerdo haya tenido incidencia en los mismos. De hecho, 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, mientras que no fue así en todos los casos en las regiones que se usan en la comparación.

En todo caso, la naturaleza y duración de la infracción la hacen muy grave y como tal debe ser sancionada."

El artículo 10 de la Ley 16/1989 establece en su segundo párrafo:

"La cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrá en cuenta:

- a. La modalidad y alcance de la restricción de la competencia.
- b. La dimensión del mercado afectado.
- c. La cuota de mercado de la empresa correspondiente.
- d. El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios.
- e. La duración de la restricción de la competencia.
- f. La reiteración en la realización de las conductas prohibidas."

Hemos de señalar que tales circunstancias han sido correctamente ponderadas por la CNC. Se ha considerado la duración de la práctica prohibida, la naturaleza de la conducta y la incidencia en los precios. Tal ponderación justifica la aplicación de la sanción en su grado máximo.

Por último hemos de señalar que, de una parte, el hecho de que no se formularan alegaciones al pliego de cargos no implica, por si solo, que exista colaboración con la Administración y no justifica por ello una atenuación de la sanción. En cuanto al trato discriminatorio porque a algunas entidades se les haya sancionado con multa en porcentaje inferior al 10%, no puede aceptarse, puesto que la Resolución es clara sobre el particular - debe imponer una sanción a cada empresa equivalente al 10% del promedio de su volumen de ventas durante el periodo considerado -, por ello un porcentaje inferior supondría un error aritmético que habría de ser corregido. Por otra parte el porcentaje viene referido a la actividad económica en Cantabria, lo cual es

criterio que respeta el principio de igualdad, aún cuando pudiera haber actividad de alguna de las empresas fuera de dicho territorio.

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

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.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985 , y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.