

Id Cendoj: 28079130032002100108
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 6171/1996
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO DE CASACIÓN
Ponente: MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Defensa de la competencia. Sanción por acuerdos prohibidos.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Julio de dos mil dos.

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 6171/1996 interpuesto por "ACEITES TOLEDO, S.A.", representada por el Procurador D. Fernando Bermúdez de Castro Rosillo, contra la sentencia dictada con fecha 27 de marzo de 1996 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 1875/1992, sobre defensa de la libre competencia; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- "Aceites Toledo, S.A." interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 1875/1992 contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 8 de julio de 1992 que le impuso, junto a otras empresas, una multa por haber concertado acuerdos prohibidos, con la finalidad de impedir la libre competencia, consistentes en fijar precios y repartirse el mercado de aceite de oliva correspondiente a una subasta pública de aceite de oliva.

Segundo.- En su escrito de demanda, de 2 de abril de 1993, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó se dictase sentencia "por la que estimando el presente recurso anule y deje sin efecto por no ser ajustada a derecho, la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 8 de julio de 1992 y, en consecuencia, anule y deje sin efecto las sanciones impuestas a Aceites Toledo S.A. y, alternativamente, para el caso de no anularse la Resolución, se revise la multa impuesta a mi representada, ajustando dicha sanción conforme a los criterios y razonamientos expuestos en el cuerpo de este escrito, con todas las consecuencias jurídicas inherentes a dichas declaraciones y con cuantos demás pronunciamientos favorables haya lugar en derecho".

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 12 de mayo de 1995, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala dictase sentencia "por la que se desestime el presente recurso".

Cuarto.- No habiéndose recibido el pleito a prueba y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 27 de marzo de 1996, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Aceites Toledo, S.A. contra el Acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia de fecha 8 de julio de 1992 dictado por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el expediente 294/91, el cual confirmamos por ser conforme a derecho, sin efectuar expresa condena al pago de las costas".

Quinto.- Con fecha 20 de septiembre de 1996 "Aceites Toledo, S.A." interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 6171/1996 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos fundados en el artículo 95.1.4º de la Ley Jurisdiccional: Primero: Por infracción de las garantías sustantivas y procesales contenidas en los artículos 9.3, 24 y 25 de la Constitución, y 6 del Convenio Europeo de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de 1950, y su jurisprudencia. Segundo: Por infracción del artículo 24.2 de la Constitución, al haberse basado en meras presunciones, sin prueba alguna. Tercero: Por infracción del artículo 10 de la Ley 16/1989. Cuarto: Por vulneración del principio fundamental de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 14 de la Constitución y del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24.

Sexto.- El Abogado del Estado presentó escrito de oposición al recurso y suplicó la confirmación de la sentencia con expresa imposición de las costas a la parte recurrente.

Séptimo.- Por providencia de 18 de abril de 2002 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez- Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 10 de julio siguiente, en que ha tenido lugar.

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 27 de marzo de 1996, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Aceites Toledo, S.A." contra el Acuerdo dictado el día 8 de julio de 1992 por el Tribunal de Defensa de la Competencia en el expediente número 294/91.

Al término de dicho expediente, iniciado por denuncia de la Asociación Nacional de Industriales Envasadores y Refinadores de Aceites Comestibles contra siete empresas, y seguido de oficio contra otras (entre ellas Aceites Toledo, S.A.) el Tribunal de Defensa de la Competencia declaró la existencia de acuerdos prohibidos realizados con la finalidad de impedir la libre competencia. Tales acuerdos habían consistido en fijar precios y repartirse el mercado de aceite de oliva correspondiente a la subasta convocada en virtud del Reglamento CEE número 2727/89, de la Comisión, para poner a la venta aceite en poder del organismo español de intervención.

En consecuencia, la resolución administrativa, cuya validez vino a corroborar la Sala sentenciadora, declaró la nulidad de los acuerdos colusorios, intimó a sus autores a no volver a realizar tales conductas e impuso a Aceites Toledo, S.A. una multa de siete millones de pesetas.

Segundo.- La sentencia de instancia rechazó todos y cada uno de los motivos de impugnación alegados por la recurrente, que coinciden en gran parte con los que ésta aduce ahora como base de su recurso de casación.

A) Frente a la alegación de que el acuerdo impugnado "quebranta las garantías reguladas por los arts. 9.3, 24 y 25 de la Constitución y el art. 6 del Convenio Europeo de 1950 de Protección de los Derechos Humanos" la Sala de la Audiencia Nacional afirmó que el artículo 32 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, "no contempla como parece deducirse de las alegaciones de la recurrente, una exención de responsabilidad a favor de los denunciantes de conductas, acuerdos, etc. constitutivos de infracciones tipificadas en la referida Ley; por el contrario, entiende esta Sala que dicho precepto impone una obligación de denuncia que se extiende incluso a considerar como una infracción con entidad propia sancionable con multa de cincuenta mil a un millón de pesetas, el no poner en conocimiento del servicio la existencia de hechos presuntamente sancionables".

Tampoco aceptó el tribunal sentenciador que se estuviera castigando dos veces la misma conducta; por el contrario, sostuvo, se trataba de dos conductas diferenciadas, consistente la primera en el acuerdo para fijar los precios y la segunda en el reparto del mercado. Una y otra están respectivamente contempladas en el artículo 1 de la Ley 16/1989 cuya letra a) se refiere a la fijación de precios) y cuya letra c) tipifica como conducta prohibida el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

B) La afirmación de que la multa había sido impuesta con base en meras presunciones fue igualmente rechazada por la Sala de la Audiencia Nacional que, por el contrario, recordó en el fundamento jurídico cuarto de su sentencia cómo "[...] la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo ha dado acogida reiteradamente a la validez de la prueba de presunciones para destruir la presunción de inocencia en los procesos penales y los procedimientos sancionadores, siempre que estén acreditados suficientemente los hechos sobre los que se fundan tales presunciones y que la inferencia

lógica que parte de esos hechos no sea irrazonable ni irrazonada".

En este caso, añadía la sentencia, "se ha probado que la actora, junto con otras cinco empresas ofertó idénticos al céntimo para una serie de lotes y sublotos, mientras que otras empresas ofrecían precios distintos del unánimemente presentado por éstas, y distintos entre sí. [...] Las actuaciones de la actora y las restantes empresas expedientadas y sancionadas exceden con mucho el punto de la simple coincidencia, excluida en una situación en que la identidad de actuación y la consecuencia negativa para el mercado ha sido reiterada".

C) En cuanto a la supuesta errónea interpretación y aplicación del artículo 10 de la Ley 16/1989 la sentencia rechazó que el Tribunal de Defensa de la Competencia hubiera incurrido en ella: "[semejante alegación] no puede prosperar por cuanto no comparte la Sala la apreciación de la actora de que la importancia de las dimensiones de las subastas, ni las fechas en que se celebraron las mismas son poco importantes, muy al contrario, son altamente significativas."

Rechazó también la Sala de la Audiencia Nacional las alegaciones relativas a la infracción del principio de igualdad en la imposición de multas y del derecho a un proceso equitativo:

- En lo relativo al criterio de aplicar como base el 1% de la facturación, las alegaciones actoras "[...] se basan en la errónea interpretación del art. 10 de la Ley 16/89, por cuanto éste especifica que el volumen de ventas a tener en cuenta en la imposición de las multas porcentuales es el del ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal, en este caso 1991, no el del ejercicio en que se cometió la infracción."

- En lo relativo a la atenuación de responsabilidad a la empresa actora en cuanto denunciante, la Sala no apreció que su intervención "redundara en beneficio del descubrimiento y determinación de la actuación de otros expedientados."

Tercero.- Antes de iniciar el análisis de los motivos de casación, hemos de reseñar que nos hemos pronunciado ya en dos ocasiones sobre sentencias análogas, en las que se confirmaba el mismo acuerdo administrativo, resolviendo sendos recursos de casación interpuestos por sociedades diferentes.

En concreto, en nuestra sentencia de 9 de marzo de 2002. tras estimar uno de los motivos de casación del recurso número 7512 de 1995 (promovido por "Koipe, S.A." y "Salgado, S.A." contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional el 19 de mayo de 1995 en el recurso número 1941 de 1992), desestimamos este último recurso contencioso-administrativo deducido contra el mismo acto ahora impugnado.

Consideramos, pues, conforme a derecho la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 17 de julio de 1992 que declaró la existencia de los acuerdos colusorios prohibidos, los anuló e impuso a las empresas concertadas (entre las que se encontraban las del grupo formado por Koipe S.A. y Salgado S.A.) una multa conjunta de diecinueve millones de pesetas. En dicha resolución aparecía también como coautora de los mismos acuerdos anticoncurrenciales la empresa Aceites Toledo S.A.

Por su parte, en otra sentencia de la misma fecha (8 de marzo de 2002) desestimamos el recurso de casación número 8088 de 1997, interpuesto por "Frint España, S.A.", "Frahuil, S.A.", "Frint Limited, S.A.", "Frint Luso", "Societa Anonima Italiana Faffinazione Olii" (Sairo), "Huileries Reunies" y "E.G. Cornelius and Co. L.T.D." contra la dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional el 24 de marzo de 1997, recaída en el recurso número 1939/1992 que, a su vez, había corroborado la validez del mismo acuerdo administrativo hoy impugnado y entonces combatido por aquellas recurrentes.

A una y otra sentencia haremos referencia cuando proceda si los motivos de casación entonces y ahora alegados coinciden.

Cuarto.- En el primero de los motivos de casación (todos ellos interpuestos al amparo del artículo 95.1.4 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción) sostiene la recurrente que "la sentencia [de instancia] y la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que ratifica quebrantan las garantías sustantivas y procesales que concurren en los artículos 9.3, 24 y 25 de nuestra Constitución de 1978, así como los establecidos por el artículo 6 del Convenio Europeo de protección de derechos humanos y libertades fundamentales de 1950, ratificado por España e integrado por consiguiente en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, infringiéndose además la constante Jurisprudencia de este Alto Tribunal sobre la

materia."

En el desarrollo del motivo se entremezclan cuestiones heterogéneas que hubieran merecido un tratamiento procesal diferenciado. Por una parte, se repiten las alegaciones hechas en la instancia sobre el "efecto boomerang" de la denuncia, que después daría lugar a la incoación del expediente contra las empresas denunciadas; por otro lado, se vuelve a insistir en la infracción de la regla non bis in idem pues, a juicio de la sociedad recurrente, la sanción ha sido repetida por los mismos hechos, añadiendo que la Sala de instancia hizo una interpretación muy restrictiva del artículo 1 de la Ley 16/1989; finalmente alega que no hubo prueba suficiente sobre la "puesta de acuerdo" ni sobre el reparto del mercado del aceite.

La mera enumeración de estas alegaciones, que son resumen del desarrollo del primer motivo, pone de relieve cómo las supuestas infracciones de principios constitucionales (artículos 9.3, 24 y 25) o del derecho a un proceso equitativo (artículo 6 del Convenio Europeo) poco tienen que ver, en realidad, con el contenido material del motivo: se trata, más bien, de referencias genéricas y un tanto imprecisas que -salvo en la invocación del principio non bis in idem- carecen de verdadera relación con la sustancia de aquél.

En particular, la primera parte del motivo se dedica a censurar la interpretación que la Sala hizo del artículo 32 de la Ley 16/1989, aunque paradójicamente éste no es señalado como norma infringida. Hemos de decir tan sólo, para desestimar esta parte del motivo, que la interpretación realizada por el tribunal sentenciador es la correcta, ya que en nuestro derecho - concretamente, en la Ley 16/1989- la mera denuncia de unos hechos ajenos no atribuye al denunciante impunidad por los propios, aunque estén relacionados con aquéllos, ni supone para quien denuncia un seguro que le ponga a cubierto de la exigencia de sus propias responsabilidades.

Quinto.- En la segunda parte del primer motivo se vuelven a mezclar cuestiones de naturaleza distinta que, de nuevo, poco tienen que ver con los preceptos constitucionales supuestamente vulnerados ni con el derecho a un proceso equitativo en el sentido del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Por un lado, se critica la aplicación que la Sala de instancia hace del principio non bis in idem, insistiendo la sociedad recurrente en que el concierto en los precios ofertados y en el reparto del mercado no puede constituir, a la vez, las infracciones tipificadas en las letras a) y c) del artículo 1.1. de la Ley 16/1989. Alegación que no prospera pues, como acertadamente afirma aquella Sala, nada impide que un mismo hecho sea susceptible de integrar dos infracciones en concurso. Por lo demás, tampoco se denuncia como infringido, por aplicación indebida o por errónea interpretación, el citado artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y, en todo caso, la respuesta sancionadora fue en este caso única (la multa impuesta) con lo que no hubo, propiamente, duplicidad de sanciones.

Por lo que se refiere a la prueba de los hechos, las afirmaciones que a continuación haremos no son sino repetición, una vez más, de lo que ya dijimos en la sentencia que puso fin al recurso de casación número 8088/1997.

Debemos, pues, subrayar que no corresponde a esta Sala del Tribunal Supremo cuando actúa en casación, sino a los órganos jurisdiccionales de instancia, pronunciarse sobre cuestiones de hecho. En el caso de autos, la Sala de la Audiencia Nacional es el órgano judicial competente para apreciar, con plenitud de jurisdicción, si los hechos que el Tribunal de Defensa de la Competencia consideraba probados lo estaban o no. En el marco del recurso de casación el control del Tribunal Supremo podrá extenderse a verificar si la Sala de instancia ha cometido un error de derecho, esto es, si no ha enjuiciado de manera jurídicamente correcta los hechos probados, o ha errado al apreciar su gravedad y la pertinencia de las sanciones. Pero no nos corresponde ni valorar las pruebas ni revisar las apreciaciones de hecho que, a partir de las practicadas, hayan hecho los tribunales de instancia.

Cuando, como aquí ocurre, a las apreciaciones de hecho se enfrenta la tesis actora sosteniendo que están viciadas por carecer del necesario soporte probatorio, nuestra función se ha de limitar a la de verificar si racionalmente puede justificarse la libre apreciación de la prueba por parte del tribunal de instancia sin incurrir en arbitrariedad.

A partir de tales consideraciones y dado que la única censura que la recurrente dirige a la Sala de instancia es que formó su convicción respecto de los hechos que declara probados sobre la base de meras presunciones, censura cuyo contenido coincide con el del segundo motivo de casación, debemos analizarla al examinar éste.

Sexto.- En efecto, mediante el segundo motivo de casación se denuncia que "la sentencia recurrida y

la resolución de la que trae origen es contraria al artículo 24.2 de nuestra Constitución, al haberse basado en meras presunciones, no existiendo prueba alguna que demuestre los hechos que se declaran probados, infringiéndose la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la materia".

Repetiremos, también a estos efectos, consideraciones hechas en el séptimo y octavo de los fundamentos jurídicos de la sentencia mediante la cual desestimamos el motivo análogo que servía de base al recurso de casación número 7512/1995.

Esta Sala ha sentado ya un sólido criterio sobre las posibilidades y los límites de utilización de la prueba de indicios por el Tribunal de Defensa de la Competencia y, derivadamente, por los órganos jurisdiccionales que controlan la conformidad a derecho de sus resoluciones sancionadoras.

En la sentencia de 6 de marzo de 2000 (recurso 373/1993) hemos afirmado, reiterando doctrina precedente que:

"[...] el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados -no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo.

Hay que resaltar que estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o conciertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda."

En aquel recurso el Tribunal de Defensa de la Competencia basaba su resolución en que el reparto de un determinado mercado resultaba acreditado a partir de indicios que la Sala consideraba suficientes, pues "[...] existe, en definitiva, un enlace preciso y directo entre el hecho base acreditado y la consecuencia que conduce a declarar, de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional antes expuesta, que no se ha producido vulneración del derecho a la presunción de inocencia, porque el proceso deductivo, según las reglas del criterio humano, realizado en el acto del Tribunal de Defensa de la Competencia, no es arbitrario, caprichoso ni absurdo."

En relación con el uso de la prueba de indicios para apreciar la existencia de prácticas colusorias en el seno de procedimientos de licitación, nos hemos pronunciado en la sentencia de 18 de noviembre de 1996 (recurso 2554/91). Tras reiterar la misma doctrina general antes expuesta, sostuvimos a este propósito lo siguiente:

"[...] existe el dato, admitido unánimemente, de que las ofertas presentadas en sobre cerrado por todos los laboratorios concursantes eran idénticas, hasta el extremo de que en alguno de los concursos aparecen cifras decimales iguales. La conjunción de elementos tales como pluralidad de oferentes y presentación en sobre cerrado que imposibilitaría el conocimiento mutuo, hace impensable, que se pueda llegar a una identidad de precios sin un concierto previo entre los concursantes; pues aún en el supuesto, invocado por el recurrente, de que en el mercado de productos zoonosanitarios los precios son resultado de unos costes económicos que en gran medida están determinados por exigencias muy concretas y detalladas, con márgenes comerciales muy cortos, de que en este sector son frecuentes los contactos entre los funcionarios de la Administración sanitaria y los laboratorios, que permite conocer cuáles van a ser los precios que se van a abonar, y de que éstos resultan de los datos suministrados por aquélla, ello podría producir precios homogéneos con cortas diferencias, pero nunca una igualdad absoluta en la de todos los oferentes".

Aquellos indicios fueron considerados suficientes para acreditar la existencia de un enlace preciso y directo entre el hecho base acreditado -identidad de precios- y la consecuencia -convenio entre los laboratorios- que permitía dar por probada la práctica colusoria; las similitudes con el caso de autos son patentes.

Análogas consideraciones hicimos en la sentencia de 28 de enero de 1999 (recurso 263/1995)

añadiendo, respecto de la precedente, que no podía compartirse la defensa del entonces recurrente, basada en "[...] que la coincidencia obedece al previo conocimiento que los oferentes tenían de los precios máximos por dosis y el número de éstas, lo que determinó, mediante una sencilla división, obtener el importe. Tal argumento no puede acogerse porque, como señala el acto del Tribunal de Defensa de la Competencia 'el precio máximo por dosis a pagar sólo aparece en uno de los concursos... En todos los demás, figuran únicamente las sumas presupuestadas para la adquisición de la vacunas para las que se convoca el concurso'. En cualquier caso, aun admitiendo el conocimiento de ambos elementos de la operación, las ofertas no tenían por qué ser idénticas, ya que al ser precios máximos cabía rebajar su importe, siendo ilógico que -sin previo acuerdo- todos los concursantes o bien no hiciesen bajas o que éstas fuesen absolutamente iguales. La misma actora reconoce la existencia de 'unos márgenes mínimos que resultaban muy inferiores a los del mercado libre', con lo que se está admitiendo la posible oscilación del precio dentro de ese margen, oscilación que resulta incompatible con la total y absoluta identidad de los ofrecidos."

Aplicando los criterios expuestos en estos precedentes jurisprudenciales relativos a la prueba de indicios sobre las conductas colusorias, y concretamente sobre las producidas en el seno de licitaciones o concursos, puede afirmarse que la conclusión del Tribunal de Defensa de la Competencia en el caso de autos, corroborada por la Sala de instancia, no vulneró el derecho a la presunción de inocencia sino que fue obtenida a partir de indicios suficientes para desvirtuarla.

No es necesario repetir aquí las consideraciones del Tribunal de Defensa de la Competencia en las que expone cómo las ofertas presentadas por las diversas empresas formaban un "mosaico" de piezas perfectamente encajadas. Cuando en una subasta de este género ocho licitadores presentan unas ofertas siempre iguales para partidas, lotes y sublotos bien diferenciados, su conducta paralela puede ser considerada como prueba de la existencia de un acuerdo previo, esto es, de una decisión previamente concertada, si ésta resulta ser la única explicación lógica. Excluida la casualidad o azar -pues no cabe tal cuando las identidades de ofertas se repiten en los términos que antes hemos expuesto- el paralelismo se puede válidamente calificar de colusión entre los operadores económicos, que falsean el juego de la competencia, si no hay otra explicación racional de la conducta.

Es cierto que los operadores económicos pueden, a la hora de presentar sus ofertas, hacerlo de modo que se adelanten al comportamiento previsible de los demás licitadores; es igualmente cierto que, en determinados casos, no podría excluirse que la uniformidad de las ofertas tenga otra explicación distinta de la previa concertación, vistas las características de algún mercado singular en un concreto período de tiempo. De hecho, la hipótesis de igualdad de ofertas -que se dirimirán por sorteo- está prevista, en abstracto, en el artículo 9 del Reglamento CEE 2960/77, de la Comisión, de 23 de diciembre, relativo a las modalidades de puesta a la venta de aceite de oliva en poder de los organismos de intervención (DO L 348, de 30 de diciembre de 1977).

Sin embargo, cuando -como ocurre en este caso- no se aporta ninguna otra explicación satisfactoria y las alegadas resultan inverosímiles a la vista de las circunstancias de hecho existentes, la identidad de ofertas paralelas, coincidentes siempre en los mismos lotes y sublotos por parte de los mismos licitadores, bien puede reputarse como indicio suficiente para apreciar la existencia de una previa concertación, legalmente prohibida, entre aquéllos.

En definitiva, según acertadamente afirmaba el instructor del expediente, corroboró el Tribunal de Defensa de la Competencia y asumió la Sala sentenciadora, los indicios de práctica restrictiva consistentes tanto en la "identidad absoluta del precio ofertado (estadísticamente muy improbable para ofertas independientes, dado que la similitud en precios ofertados se ajusta al céntimo por kilogramo de producto) como por el reparto cuidadoso de los lotes de forma que sobre un mismo sublote no hubiera más que una oferta (también casi imposible en el caso de ofertas no acordadas)" podían fundar, razonadamente, la imputación y la consiguiente sanción administrativa impuesta que no resulta, en consecuencia, contraria a derecho."

Séptimo.- En su tercer motivo de casación la sociedad recurrente sostiene que la sentencia impugnada y la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia por ella confirmada han infringido el artículo 10 de la Ley 16/1989 al no aplicar debidamente los criterios por él fijados para cuantificar las sanciones pecuniarias.

Diremos, ante todo, que la parte recurrente no ha puesto en duda (al menos, no ha articulado ningún motivo de casación al respecto) que la conducta que le fue imputada correspondiera, de ser cierta, al tipo infractor. Caracterizado éste por el mero "acuerdo" o decisión colectiva que tenga por objeto, produzca o

pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia. es lo cierto que el Legislador ha querido llevar la represión administrativa a un estadio del concierto de voluntades que, teniendo una proyección exterior (es decir, traducido en actos), no necesariamente ha de lograr el objetivo propuesto.

Las multas previstas en la Ley 16/1989 lo han sido, como a continuación examinaremos, dentro de márgenes muy amplios (aunque no absolutamente indeterminados) y con referencia a variables o criterios sin duda generales y de no fácil y exacta verificación. De modo que no es siempre posible cuantificar, en cada caso, aquellas sanciones pecuniarias a base de meros cálculos matemáticos y resulta, por el contrario, inevitable otorgar al Tribunal de Defensa de la Competencia un cierto margen de apreciación para fijar el importe de las multas sin vinculaciones aritméticas a parámetros de "dosimetría sancionadora" rigurosamente exigibles. Si ello es así en el ejercicio general de las potestades administrativas cuando la Ley lo consiente, tanto más lo será respecto de la potestad sancionadora en el ámbito de la defensa de la competencia, pues resulta inherente a toda decisión sancionadora de este género, además de la finalidad estrictamente represiva, la de defender los intereses públicos -concretados en el funcionamiento concurrencial del mercado, su transparencia y la defensa de los consumidores- incorporando a los instrumentos represivos elementos disuasorios de conductas futuras.

El artículo 10 de la Ley 16/1989 faculta al Tribunal de Defensa de la Competencia para imponer a los agentes económicos infractores multas de hasta 150.000.000 pesetas, cuya cuantía debe fijarse atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual, añade el precepto, se tendrán en cuenta los siguientes factores: 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; y f) la reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

La resolución impugnada impuso a "Aceites Toledo S.A." la multa de 7 millones de pesetas. El Tribunal de Defensa de la Competencia no concreta cuál o cuáles de los cuatro de los criterios del artículo diez de la Ley 16/1989 que dice aplicar ("la modalidad y alcance de las restricciones de competencia, la dimensión del mercado afectado, el efecto de la conducta sobre los consumidores y la duración, en este caso breve, de la restricción de la competencia") es el determinante de aquella cuantía. Hubiera sido conveniente precisar algo más cada uno de aquellos factores y qué incidencia tenían en la fijación del quantum final.

Ello no obstante, la Sala sentenciadora sostuvo que la sanción pecuniaria se atenía al citado artículo 10, tras rechazar la apreciación de la demandante sobre la importancia "mínima" de las licitaciones, destacando, por el contrario, "la importancia de las dimensiones de las subastas" y su "significación", también a causa de las fechas en que se celebraron.

Rechazó asimismo la Sala de instancia que la utilización del coeficiente (el diez por ciento del volumen de ventas de cada empresa) que la recurrente afirmaba había sido aplicado de hecho por el Tribunal de Defensa de la Competencia para fijar la cuantía de las sanciones estuviese viciado por atender no al año de la comisión de los hechos sino al ejercicio inmediatamente anterior al del acuerdo sancionador.

Apreciación esta última que, en el caso de que efectivamente aquel coeficiente hubiera sido aplicado (no hay referencias explícitas a él en el acuerdo del Tribunal de Defensa de la Competencia) resulta conforme con el propio artículo 10 de la Ley 16/1989 pues, al permitir que la resolución sancionadora sobrepase el límite ordinario de ciento cincuenta millones de pesetas, autoriza a utilizar como módulo "el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal".

Por nuestra parte, hemos de hacer a este respecto unas consideraciones análogas a las que hicimos respecto de las cuestiones de hecho. Dada la naturaleza de esta clase de recursos extraordinarios, no corresponde al órgano de casación sustituir la apreciación de la Sala de instancia cuando ésta se pronuncia sobre el importe de las multas, en atención a los diversos factores de hecho que estime concurrentes en cada infracción, salvo que dicha apreciación vulnere, por sí misma, una regla imperativa de derecho. Lo contrario equivaldría a transformar el recurso de casación en un nuevo examen general de los hechos y de sus circunstancias para decidir si una multa en concreto, impuesta dentro de los límites legales, es más o menos proporcionada. A salvo casos de irracionalidad o arbitrariedad, las apreciaciones de este género que hagan las Salas de instancia deben prevalecer en casación.

Desde esta perspectiva, el juicio de proporcionalidad llevado a cabo por la Sala de instancia no nos

parece arbitrario ni irracional. Sin perjuicio de reconocer que, en efecto, la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia debió tener más precisión en los elementos determinantes de la cuantificación de la multa, el juicio que la Sala de instancia hizo sobre la adecuación entre la gravedad del hecho infractor y el monto económico de la sanción debe, por las razones expuestas, ser mantenido.

Octavo.- Finalmente, en su cuarto motivo de casación aduce la recurrente que la sentencia de instancia "vulnera el principio fundamental de igualdad ante la Ley, consagrado por el artículo 14 de nuestra Constitución, así como el derecho fundamental a la 'tutela judicial efectiva', consagrado en el artículo 24 de nuestra Carta Magna; y en los pactos internacionales ratificados por España".

La supuesta infracción del principio de igualdad se aduce sobre la base de que el Tribunal de Defensa de la Competencia no trató igual a las sociedades denunciadas que a las siete del **Grupo Frint** España S.A. quienes finalmente, también por medios ilícitos, se adjudicaron el aceite subastado, pues utilizó como factor adicional para atenuar la cuantía de la sanción pecuniaria impuesta a éstas el hecho de que "su intervención [de dichas siete empresas] redundó en el descubrimiento de los acuerdos colusorios de las otras nueve empresas incurso en este expediente."

Para que la censura pudiera tomarse en consideración la Sala de instancia debería, en primer lugar, haber apreciado que, a la recíproca, también la actuación de la recurrente redundó en el descubrimiento de las prácticas colusorias de sus competidoras. Pero como ello no es así, y el tribunal sentenciador excluyó que dicha actuación redundara en beneficio del descubrimiento y determinación de la actuación de otros expedientados (así lo hemos transcrito al final del fundamento jurídico segundo), no hay términos de comparación válidos.

Este juicio del tribunal sentenciador sobre la incidencia de una determinada conducta en el resultado final de un expediente administrativo podrá ser más o menos criticado por la parte afectada, pero no por ello puede calificársele de contrario al artículo 14 o, mucho menos, al 24, ambos de la Constitución. No hay igualdad de circunstancias cuando se trata de comparar la denuncia (inicial) con la intervención sucesiva en el curso de un expediente administrativo. Si a lo largo de éste uno de los expedientados, incluso denunciado, ofrece su colaboración y testimonio decisivo para descubrir unos determinados hechos, mientras que el denunciante no adopta la misma actitud, las consecuencias de esta disparidad de conductas pueden traducirse en los efectos jurídicos pertinentes, sin que ello rompa el principio de igualdad. Se trata, en todo caso, una vez más, de cuestiones de apreciación de hechos y de pruebas que el tribunal de instancia, y no la Sala de casación, está llamado a determinar.

Noveno.- Finalmente la recurrente sostiene en esta parte de su último motivo de casación que el Tribunal de Defensa de la Competencia la colocó en una "evidente indefensión prohibida por el artículo 24 de la Constitución y contraria al artículo 37 de la Ley 16/1989" al imputarle hechos no comprendidos en el pliego de cargos ni en la actuación posterior del Servicio de Defensa de la Competencia. Infracción que derivaría, a su juicio, de que, una vez tramitado todo el expediente, mediante auto de 30 de abril de 1992 aquel Tribunal acordó efectuar una "nueva calificación de las conductas".

La infracción de los principios protegidos por el artículo 24 de la Constitución (extensiva, según la rúbrica de este motivo a otros pactos internacionales ratificados por España) se produce, en el sentir de la parte recurrente, "[...] no sólo por la resolución administrativa, sino también por la actuación de los órganos de la Administración de Justicia, que no han tenido en cuenta los mismos".

Para rechazar esta parte del motivo bastaría decir que con ella suscita la recurrente una cuestión nueva que no alegó ante el tribunal sentenciador ni éste pudo, por lo tanto, analizar en su sentencia. Mal podría casarse una sentencia por haber cometido un error de derecho en la solución de una determinada cuestión jurídica cuando ésta ni siquiera le ha sido planteada.

Añadiremos, en todo caso, que la respuesta de fondo que correspondería a la cuestión, si hubiera sido debidamente planteada, sería la de rechazar la vulneración de las normas invocadas. Así lo hicimos cuando otras de las empresas recurrentes (las que interpusieron el recurso de casación 7512 de 1995) la formularon en su momento. Repetiremos de nuevo las consideraciones que hicimos al respecto.

El Tribunal de Defensa de la Competencia está facultado por el artículo 43 de la Ley 16/1989 para modificar la calificación de las conductas que el Servicio de Defensa de la Competencia eleve a su conocimiento, en los siguientes términos:

"1. El Tribunal, cuando lo estime conveniente, podrá convocar al Instructor para que le ilustre sobre

aspectos determinados del expediente. Se oirá en todo caso al Instructor cuando el Tribunal, al dictar resolución, estime que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por el Servicio, al ser susceptible de otra calificación. La nueva calificación se someterá a los interesados para que en el plazo de quince días formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para resolver."

Nada impide que aquella "audiencia" (la norma dispone en términos impersonales que "se oirá" al instructor) sea practicada sólo en presencia del vocal ponente, quien después, lógicamente, dará cuenta de su resultado a la formación colegial decisora. Cuando, además, la opinión del instructor sobre la propuesta de cambio se manifiesta por escrito -como en este caso sucedió- y se eleva al Pleno para su conocimiento, es claro que éste resulta debidamente informado y puede decidir lo que estime oportuno sobre el cambio de calificación jurídica de los hechos. Lo relevante es, en todo caso, y desde la perspectiva del derecho de defensa de los expedientados, que el acuerdo correspondiente del Tribunal, cuyo contenido no está en absoluto vinculado por la opinión del instructor, les sea sometido ulteriormente para que puedan alegar y articular como mejor crean oportuno su defensa. Así ocurrió en el caso de autos, pues las empresas expedientadas fueron oídas al respecto e hicieron las manifestaciones que estimaron oportunas.

El Tribunal de Defensa de la Competencia no modificó los hechos contenidos en el informe-propuesta del instructor: basta leer el auto de 30 de abril de 1992, del que se dio traslado a las recurrentes, para comprobar que mediante él se limitó a introducir, como calificación jurídica alternativa (o adicional) de aquellos hechos, la posibilidad de que junto a la infracción de la letra a) del artículo 1.1 de la Ley, se hubiere cometido eventualmente la de la letra c) del mismo artículo y apartado, así como, en el caso de empresas constitutivas de un grupo social, la infracción del artículo 7 de la Ley.

La ampliación del tipo sancionador aplicable posibilitaba al Pleno la sanción por cualquiera de los dos subapartados del artículo 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Este artículo y apartado prohíbe "[...] todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional", añadiendo en sus diferentes subapartados que se considerarán como tales, "en particular, los que consistan en [...] a) la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio [y] c) el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento [...]".

Contrariamente a lo manifestado entonces por las recurrentes, la facultad de alterar, previa audiencia de los interesados, la calificación jurídica de los hechos por parte del órgano administrativo que finalmente ha de resolver ni tiene nada de insólito ni de contrario a los principios que inspiran el procedimiento administrativo sancionador. Tanto menos cuanto que aquel órgano no tiene carácter jurisdiccional, sino meramente administrativo, extremo éste que a veces no se toma suficientemente en consideración pues se le exigen -de modo indebido y sin los necesarios matices- garantías que tienen sentido referidas a órganos jurisdiccionales y a procesos penales, pero no a actuaciones que son y siguen siendo meramente administrativas.

No estando sujeto, pues, el Tribunal de Defensa de la Competencia, a las garantías más estrictas que se requieren en los procesos penales, no rige para él de modo pleno el principio acusatorio en lo que se refiere a la tajante separación entre las funciones instructoras/acusadoras y las decisoras: el órgano que ostenta estas últimas (a fin de cuentas, integrado en la misma estructura administrativa, en sentido amplio, que el instructor, aunque éste pertenezca al Servicio de Defensa de la Competencia) puede legítimamente valorar el material probatorio puesto a su disposición en un sentido más desfavorable para el interesado del que haya propuesto aquél. Ha de oír, antes de resolver finalmente, al expedientado, pues éste tiene derecho en todo caso a conocer la acusación -hechos imputados y su calificación- que se dirige contra él. Respetada esta elemental garantía, nada obsta al ejercicio de la facultad que estamos analizando.

Por lo demás, esta facultad ha sido después expresamente generalizada para todos los supuestos de ejercicio de la potestad sancionadora (artículo 20.3 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto)."

Décimo.- Procede, pues, la desestimación del recurso con la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el artículo 102.3 de la precedente Ley Jurisdiccional.

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

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación número 6171 de 1996, interpuesto por "Aceites Toledo, S.A." contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional de 27 de marzo de 1996, recaída en el recurso número 1875/1992. Imponemos a la parte recurrente las costas de este recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Fernando Ledesma.- Óscar González.- Segundo Menéndez.- Manuel Campos.- Francisco Trujillo.- Pablo Lucas.- Fernando Cid.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-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.